الموسوعة الفقهية المقارنة

للإمام أبي الحسين أحمد بن محمد بن جعفر البغدادي القدوري
(٣٦٢ - ٤٢٨ هـ)

دراسة وتحقيق
مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية

أ.د محمد أحمد سراج
أستاذ ورئيس قسم الشريعة بكلية الحقوق جامعة الإسكندرية

أ.د علي جمعة محمد
أستاذ أصول الفقه بكلية الدراسات الإسلامية والعربية
بالقاهرة جامعة الأزهر

المجلد العاشر

دار السلام
للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة

تنويه

قارئنا الكريم حدث خطأ غير مقصود في اسم الكتاب عند بداية الكتب الفقهية حيث جاء اسم الكتاب : موسوعة القواعد الفقهية المقارنة المسماة التجريد : وصوابه [الموسوعة الفقهية المقارنة : التجريد] فللتكرم تصويب نسختك ومن جهتنا سنقوم بتصحيح الخطأ في الطبعة القادمة إن شاء الله

دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة
لصاحبها
عبد القادر محمود البكار

الطبعة الأولى
١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٤ م

دار السلام
للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة
ش.م.م

تأسست الدار عام ١٩٧٣م وحصلت على جائزة أفضل ناشر للتراث لثلاثة أعوام متتالية ١٩٩٩م ، ٢٠٠٠م ، ٢٠٠١م هي عشر الجائزة تتويجًا لعقد ثالث مضى في صناعة النشر

جمهورية مصر العربية - القاهرة - الإسكندرية
الإدارة : القاهرة : ١٩ شارع عمر لطفي موازٍ لشارع عباس العقاد خلف مكتب مصر للطيران عند الحديقة الدولية وأمام مسجد الشهيد عمرو الشربيني - مدينة نصر
هاتف : ٢٧٠٤٢٨٠ - ٢٧٤١٥٧٨ (٢٠٢ +) فاكس : ٢٧٤١٧٥٠ (٢٠٢ +)
المكتبة : فرع الأزهر : ١٢٠ شارع الأزهر الرئيسي - هاتف : ٥٩٣٢٨٢٠ (٢٠٢ +)
المكتبة : فرع مدينة نصر : ١ شارع الحسن بن علي متفرع من شارع علي أمين امتداد شارع مصطفى النحاس - مدينة نصر - هاتف : ٤٠٥٤٦٤٢ (٢٠٢ +)
المكتبة : فرع الإسكندرية : ١٢٧ شارع الإسكندر الأكبر - الشاطبي بجوار جمعية الشبان المسلمين
هاتف : ٥٩٣٢٢٠٥ فاكس : ٥٩٣٢٢٠٤ (٢٠٣ +)
بريديًا : القاهرة : ص.ب ١٦١ الغورية - الرمز البريدي ١١٦٣٩
البريد الإلكتروني : info@dar-alsalam.com
موقعنا على الإنترنت : www.dar-alsalam.com

مَوْسُوعَة

القَوَاعِدِ الفِقْهِيَّةِ المُقَارَنَةِ

المُسَمَّاة

التَّجْرِيد

كتاب الطلاق

مسألة (١) ١١٢٨

[إيقاع التطليقات ثلاثًا بكلمة واحدة]

٢٣٣٠٢ – قال أصحابنا : إيقاع التطليقات (٢) الثلاث بكلمة واحدة بدعة (٣) .

---

(١) الطلاق لغة : عبارة عن حل القيد والإطلاق ، ولكن جعل في المرأة طلاقًا وفي غيرها إطلاقًا يقال : طلق الرجل امرأته تطليقًا فهو مطلق . ويقال أطلقت الأسير إذا حللت إساره وخليت عنه ، وهو من باب قتل ، وفي لغة من باب قرب » المصباح المنير (٣٤١/١) . أما في الشرع : فله تعريفات عدة عند فقهاء المذاهب ، فعرفه صاحب تبيين الحقائق بأنه رفع القيد الثابت شرعًا بالنكاح انظر : تبيين الحقائق (٣٦٤/٢) .
وعرفه صاحب الفواكه الدواني بأنه : صفة حكمية ترفع حلية متعة الزوج بزوجته موجبًا تكررها لذي رق حرمتها عليه قبل زوج . الفواكه الدواني (٥٧/٢) .
وعرفه الشافعية بأنه حل عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه انظر : مغني المحتاج (٢٧٩/٣) نهاية المحتاج (٤٢٣/٦) .
وتعريفه عند الحنابلة : حل قيد النكاح . انظر : المغني (٢٣٣/٨) ، الشرح الكبير (٢٣٣/٨) .
والأصل في مشروعية الطلاق الكتاب ، السنة ، الإجماع .
أما الكتاب : فقوله تعالى ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ﴾ (البقرة : ٢٢٩) ، وقوله تعالى ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ (الطلاق : ١) . أما السنة : فقد وردت بذلك الأحاديث الدالة على جواز وقوعه : منها ما روى عن ابن عمر أنه طلق امرأته وهي حائض فسأل عمر رسول الله ﷺ عن ذلك ، فقال له النبى ﷺ مره فليرجعها ثم ليتركها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك بعد وإن شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء . أخرجه البخارى في صحيحه كتاب الطلاق انظر : فتح البارى (٢٨٨/٢٨٤/٩) . انظر : المغنى (٢٢٣/٨) ، الشرح الكبير (٢٢٣/٨) ٠ وقد أجمع الناس على جواز الطلاق انظر : المغني (٢٢٣/٨) ، الاختيار (٦٨/٣) .
وإنما الطلاق في الشريعة عند الحاجة إليه وذلك لأن مصالح النكاح قد تنقلب إلى مفاسد والتوافق بين الزوجين قد يصير تنافرا فالبقاء على النكاح حينئذ يشتمل على مفاسد من التباغض والعداوة والمقت وغير ذلك ، فيصير بقاء النكاح مفسدة محضة وضررًا مجردًا بإلزام الزوج النفقة والسكن وحبس المرأة مع سوء العشرة والخصومة الدائمة من غير فائدة فاقتضى ذلك شرع ما يزيل النكاح لتزول المفسدة الحاصلة منه .

(٢) في (ع) : [الطلقات] .

(٣) انظر : هذه المسألة في المبسوط (٤١/٦) ، وبدائع الصنائع (٨٨/٣) ، الهداية (٢٢٧/١) ، البحر (٢٥٧/٣) . البناية (٣٧٢/٤) ، مجمع الأنهر (٣٨٢/١) والمسألة في الكتاب . انظر : اللباب (٣٧/٣) وبه قال الإمام مالك وهو رواية عن الإمام أحمد وهي مذهب » انظر : الكافي (٥٧٢/٢) قوانين الأحكام ٢٥٠ ، المبدع (٦٢/٧) ، الإنصاف (٤٥١/٨) ، الشرح الكبير (٢٥٧/٨) .

٢٣٣٠٣ - وقال الشافعي رحمه الله : هو مباح [١]

٢٣٣٠٤ - فالذي يدل على قولنا [٢] قوله تعالى : ﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ ﴾ [٣] ، فلا يخلو : إما أن يكون خبرًا ، أو أمرًا ، ولا يجوز أن يكون خبرًا ، لأنه لو كان خبرًا ما كان يوجد [٤] خبره بخلاف مخبره [٥] ، فلم يبق إلا أن يكون أمرًا فكأنه قال : طلقوا مرتين ، والأمر بالتفريق يمنع الجمع .

٢٣٣٠٥ - فإن قيل : يمكن [٦] حمله على الجمع ، ويكون معناه الطلاق الرجعي مرتان ، قيل له : الطلاق الرجعي يكون مرة واحدة ، ويكون مرتين ، فلا يجوز أن يخص بالثنتين ، الدليل عليه قوله تعالى : ﴿ نُّؤْتِهَآ أَجْرَهَا مَرَّتَيْنِ ﴾ [٧] .

٢٣٣٠٦ - قلنا : ليس ههنا تفسير جملة ، وإنما قوله : الطلاق على قول من جعله : خبر مبتدأ . وقوله : مرتان الخبر [٨] وليس [٩] فيه عندنا بيان زمان ، وإنما فيه الأمر بالتفريق خاصة .

٢٣٣٠٧ - فإن قيل : مرتان إذا ذكرت عقيب فعل اقتضت التفريق بقوله صريحة مرتين [١٠] فإذا ذكرت عقيب اسم أفادت التضعيف كقوله : ﴿ نُّؤْتِهَآ أَجْرَهَا مَرَّتَيْنِ ﴾[١١] ، وقوله : ﴿ يُضَٰعَفْ لَهَا ٱلْعَذَابُ ضِعْفَيْنِ ﴾ [١٢] [١٣] .

---

(١) انظر : الأم (١٩٢/٥، ١٩٣) - فتح الوهاب (٨١/٢) مغني المحتاج (٣١١/٣) ، نهاية المحتاج (٨/٧) وهو رواية عن الإمام أحمد انظر : الفروع (٣٧١/٥-٣٧٢) ، شرح منتهى الارادات (١٢٤/٣) .

(٢) في (ن) ، (ع) [على قولنا] . وفي غيرهما : « على ما قولنا » .

(٣) سورة البقرة : الآية ٢٢٩ .

(٤) في (م) : [يؤيد] .

(٥) في (م) : [بحال] .

(٦) في (ن) ، (ع) : [ممكن]

(٧) سورة الأحزاب : الآية ٣١ .

(٨) هكذا في جميع النسخ ولعل صحة العبارة وقوله مرتان الخبر وذلك لأن الحنفية يعربون الآية على قوله « الطلاق » في حكم مبتدأ ، ومرتان هي الخبر والمعنى أن التطليق الشرعي يجب أن يكون تطليقه بعد تطليقة على التفريق دون الجمع والإرسال والشافعية يعربون الآية على أن قوله الطلاق ليس ابتداء كلام وإنما هو متعلق بما قبله والمعنى أن الطلاق الرجعي مرتان ولا رجعة بعد الثلاث « انظر : التفسير الكبير للفخر الرازي (٩٦/٦) ط بيروت .

(٩) ساقطة من (م) .

(١٠) ساقطة من (ن) .

(١١) سورة الأحزاب : الآية ٣١ .

(١٢) سورة الأحزاب : ٣٠ .

(١٣) هذا اعتراض للمخالف على استدلال الحنفية بقوله تعالى « الطلاق مرتان » البقرة (٢٢٩) بأن المراد بالآية الطلاق اثنتان لأن المرات إذا قرنت بالإسم اقتضت بيان العدد كما قال تعالى « نؤتها أجرها مرتين [الأحزاب ٣١] . انظر : النكت ورقة ٢١٧ .

٢٣٣٠٨ – قلنا : الطلاق مصدر للفعل ، والمفعول ، فإذا هو عقيب الفعل ، ولأنا بينا أن المراد به الأمر ، والأمر [١] لا يكون إلا أمرًا بفعل ، فعلى هذا : يجب أن يفيد التفريق ، لأنه عقيب الفعل .

٢٣٣٠٩ – فإن قيل : الآية تدل على التفريق فمن أين يجب التفريق في طهرين ؟

٢٣٣١٠ – قلنا : إذا ثبت وجوب التفريق ، ثبت أنه في طهرين ، لأن أحدًا لا يفصل بينهما ، ويدل عليه قوله تعالى : ﴿ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾ [٢] والأمر بالطلاق لا يفيد أكثر من مرة واحدة ، بدلالة أن من قال لرجل : طلق امرأتي ، لم يجز [أن يطلقها] [٣] أكثر من مرة واحدة ، [ولأن العدة] [٤] ذات عدد ، والطلاق ذو عدد ، فالأعداد إذا قوبلت بأعداد مثلها ، فإنها تكون مقسومة عليها ، كما لو قال : تصدق بهذه الدراهم في ثلاثة أيام اقتضى قسمته [٥] عليها . يبين ذلك قوله تعالى : ﴿ لَا تَدْرِى لَعَلَّ ٱللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا ﴾ [٦] . يعني يبدوا [٧] له [في مراجعتها فدل على أن الطلاق الذي يتضمنه الأمر هو الذي يمكن] [٨] استدراكه بالرجعة [٩] .

٢٣٣١١ – ويدل عليه ما روي أن ابن عمر طلق امرأته في حال حيضها ، فقال ﷺ [ما هكذا أمرك ربك يا ابن عمر : ، وإنما أمرك أن تستقبل الطهر استقبالًا تطلقها [١٠] لكل قرء [١١] تطليقة] [١٢] [١٣] [وروي أن ابن عمر قال

---

(١) ساقطة من (م) (٢) سورة الطلاق : الآية ١ .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع)

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) بها قال في المبسوط : ولما قابل الله تعالى الطلاق بالعدة والطلاق ذو عدد والعدة ذات عدد انقسم أحدهما على الآخر . المبسوط (٦/٤) .

(٥) في (م) : [تسمته] . (٦) سورة الطلاق : الآية ١ .

(٧) في (ن) : [يتدوا] .

(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) ومستدرك في الهامش

(٩) انظر : المبسوط (٦/٤) ، بدائع الصنائع (٨٩/٣) ، المبدع (٢٦٢/٧) ، الشرح الكبير (٢٥٧/٨)

(١٠) في (م) : [فيطلقها] .

(١١) القرء الوقت ، والقرء الحيض والطهر ضد وذلك أن القرء الوقت فقد يكون للحيض والطهر ، والجمع أقراء وأقرؤ لسان العرب باب القاف (٣٥٦٤/٤،٣٥٦٥) ، القاموس المحيط باب الهمزة (٢٥/١)

(١٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(١٣) الحديث بهذا السياق أخرجه الدارقطني في سننه كتاب الطلاق والخلع والإيلاء وغيره (٣١/٤) ، والبيهقي في السنن الكبرى باب ما جاء في إمضاء الطلاق الثلاث (٣٣٤/٧) ، صحيح البخاري كتاب =

للنبي ﷺ][1] أرايت لو طلقتها ثلاثًا لا كانت تحل لي ، فقال لا وتكون[2] معصية[3] فلا يخلو : أن [يكون في جميع الثلاث أو لإيقاعها في حال الحيض ولا يجوز أن يكون][4] المراد بالمعصية حال الحيض لأنه قد بين أن إيقاع الواحدة في خال الحيض لا يجوز ، وهذا بيان للمنع من الثلاث ، فلم يجز حمل اللفظ على التكرار ، فوجب أن يحمل على جميع الثلاث[5] .

٢٣٣١٢ - ويدل عليه حديث عبادة بن الصامت[6] [ﷺ] : أن بعض آبائه طلق امرأته ألفًا ، فذكر للنبي ﷺ فقال : بانت بالثلاث في معصية ، وتسع مائة وسبع وتسعون فيما لا يملك[7] . فأخبر[8] أن الثلاث معصية .

٢٣٣١٣ - ويدل عليه إجماع الصحابة[9] . روى أنس بن مالك : أن عمر بن الخطاب [ﷺ] كان لا يؤتى برجل طلق امرأته ثلاثًا إلا أوجعه ضربًا ، وأجاز ذلك عليه[10] [11]

= الطلاق (٢٠١١/٥) ، صحيح مسلم باب تحريم طلاق الحائض بغير رضاها (١٠٩٣/٢)

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع)

(٢) في (ن) : [ويكون] (٣) سبق تخريجه

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) ومستدرك في الهامش

(٥) انظر : المبسوط (٥/٦) ، بدائع الصنائع (٨٩/٣) ، تبيين الحقائق (١٩٠/٢) البحر الرائق (٢٥٨/٤) .

(٦) عبادة بن الصامت بن قيمي بن نوفل الأنصاري الخزرجي أحد النقباء روي عن النبي ﷺ ، وعنه أنس بن مالك وجابر ورفاعة بن رافع وأبو أمامة الباهلي وأوس بن عبد الله وغيرهم ، شهد العقبة الأولى والثانية وبدرًا وأحدًا والمشاهد كلها مع رسول الله ﷺ وتوفى عام ٣٤ هـ ببيت المقدس على الصحيح انظر : أسد الغابة (١٦٠/٣-١٦١) الاستيعاب (٨٠٨/٢-٨٠٩) ، الإصابة (٦٢٤/٣-٦٢٦) ، الطبقات الكبرى لابن سعد (٦٢١/٣) ط بيروت

(٧) أخرجه عبد الرزاق في المصنف باب المطلق ثلاثًا (٣٩٣/٦) والدارقطني في سننه بمعناه باب الطلاق والخلع والإيلاء وغيره ٢٩/٤ وأورده الهيثمي في مجمع الزوائد باب فيمن طلق أكثر من ثلاث بمعناه وبمجمع الزوائد (٢٨٥/٤) وأورده ابن حجر في المطالب العالية ، باب إمضاء الطلاق الثلاث بلفظ واحد إذا نوى (٦٣/٢،٦٤) بمعناه . (٨) في (م) [وأخبرنا] .

(٩) وقال في المبسوط ، قال الكرني : لا أعرف بين أهل العلم خلافًا أن إيقاع الثلاث جملة مكروه ، إلا ما روى عن ابن سيرين وأن قوله ليس بحجة . المبسوط (٦/٦) .

(١٠) ساقطة من (م) .

(١١) أخرجه عبد الرزاق في المصنف باب المطلق ثلاثًا (٣٩٦/٦) والبيهقي في السنن الكبرى ، باب ما جاء في إمضاء الطلقات الثلاث وإن كن مجموعات بمعناه (٣٣٤/٧) . وابن أبي شيبة في المصنف ، كتاب الطلاق ، من كره أن يطلق الرجل امرأته ثلاثًا في مقعد واحد (٢٤/٥) ، وسعيد بن منصور في سننه باب التعدي =

وروى إنكار الطلاق الثلاث مع رفعه عن علي وعبد الله بن مسعود عمران بن الحصين وأبي موسى الأشعرى ﷺ .

٢٣٣١٤ - وروى الأعشى [(١)] عن مالك بن الحارث [(٢)] [(٣)] قال : كنت جالسًا عند ابن عباس فقال له رجل [(٤)] : « يا ابن » [(٥)] عباس « إن ابن عمر » طلق امرأته ثلاثًا ، فما ترى ، قال : إنه عصى الله ، فأندمه وأطاع الشيطان فلم يجعل له مخرجًا [(٦)]

٢٣٣١٥ - وعن ابن عمر أنه قال لرجل [طلق امرأته ثلاثًا] [(٧)] قد حرمت عليك حتى تنكح زوجًا غيرك ، وعصيت الله فيما أمرك به من الطلاق [(٨)] وروى ابن عون [(٩)] [(١٠)]

= في الطلاق (٣/٢٦٤) ، والطحاوي في شرح معاني الآثار باب الرجل يطلق امرأته ثلاثًا (٣/٥٩) بمعناه .

(١) سليمان بن مهران الأعشى أبو محمد الكاهلي روى عن أبي وائل وزيد بن وهب وعنه النووي وشعبة والحكم ووكيع وغيرهم قال يحيى بن معين ثقة مات سنة (١٤٨ هـ) انظر : الجرح والتعديل ٢/١٤٦ ، ١٤٧ خلاصة تهذيب الكمال (١/٤١٩-٤٢٠) ، الكاشف (١/٣٢٠) ، الثقات (٤/٣٠٢-٣٠٣) .

(٢) في (م) : [الحويرث] .

(٣) مالك بن الحارث السلمي روى عن ابن عباس وأبي سعيد الخدري وعلقمة وأبي وائل وغيرهم ، وعنه النخعي والأعشى وطلحة بن مصرف وغيرهم . قال العجلي كوفي ثقة مات سنة (٩٤) هـ انظر : تهذيب التهذيب (١٠/١٢،١٣) ، الثقات لابن حيان (٥/٣٨٤،٣٨٥) ميزان الاعتدال (٣/٤٢٥) معرفة الثقات للعجلي (٢/٢٦٠) .

(٤) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٥) في جميع النسخ « يا أبا عباس » وصحة العبارة يا ابن عباس كما في سياق الحديث عند البيهقي في السنن الكبرى (٧/٣٣٧) .

(٦) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى باب من جعل الثلاث واحدة (٧/٣٣٧) ، وسعيد بن منصور في سننه باب التعدي في الطلاق (٣/٢٦٢) ، وابن أبي شيبة في المصنف كتاب الطلاق من كره أن يطلق الرجل امرأته ثلاثًا في مقعد واحد (٥/١١) والطحاوي في شرح معاني الآثار باب الرجل يطلق امرأته ثلاثًا معا (٣/٥٧) .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) .

(٨) أخرجه مسلم (٢/١٠٩٣) والبيهقي في السنن الكبرى باب الاختيار للزوج أن لا يطلق إلا واحدة بنحوه ٧/٣٣٦ ، وابن أبي شيبة في المصنف كتاب الطلاق من كره أن يطلق الرجل امرأته ثلاثًا في مقعد واحد ، وأجاز ذلك عليه (٥/١١) وعبد الرزاق في المصنف باب المطلق ثلاثًا (٦/٣٩٥) بنحوه

(٩) في (ن) : [عوض] .

(١٠) هو : عبد الله بن عون بن أرطبان أبو عون المزني روى عن الأعمشي والشعبي ، والحسن ، ومجاهد ، ونافع وغيرهم وعنه سفيان ، وشعبة ، وابن المبارك وغيرهم قال النسائي : ثقة مأمون مات سنة (١٥١) هـ انظر : تهذيب التهذيب (٥/٣٤٦-٣٤٩) سير أعلام النبلاء (٦/٣٦٤-٣٧٥) ، وتذكرة الحفاظ (١/١٥٦ - ١٥٧) .

عن الحسن : أنهم كانوا لينكرون على الرجل أن يطلق امرأته ثلاثًا في مجلس . ذكر ذلك الشيخ أبو الحسن رحمه الله في جامعه [١] بأسانيده ، فهؤلاء علماء الصحابة ، ومعلموا الأمم السُّنَنَ ، وهم القدوة بعد رسول الله ﷺ . / ٦١

٢٣٣١٦ – فإن قيل : روي أن : عبد الرحمن بن عوف : طلق امرأته تماضر [٢] بنت الأصبغ [٣] الكلبية [٤] ثلاث تطليقات في مرضه [٥] [٦]

٢٣٣١٧ – قلنا : يجوز أن يكون طلقها ثلاثة أطهار كلها في المرض .

٢٣٣١٨ – وقد روى ليث [٧] عن ابن شهاب ، عن طلحة بن عبيد الله [٨] : أن عثمان بن عفان ورث تماضر [٩] وكان عبد الرحمن طلقها تطليقة وهي آخر تطليقاتها

---

(١) لأبي الحسن الكرخي الجامع الكبير والصغير ذكرهما صاحب كشف الظنون نقلًا عن ذكر الكرخي لهما في مختصره . قال الجامع الكبير لأبي الحسن الكرخي كما ذكر في مختصره وقال من أراد مجازاة ما في هذا الكتاب فلينظر في الجامع الصغير الذي ألفناه ومن أراد أكثر فالكبير يستغرق ذلك كله انظر : كشف الظنون (٥٧٠/١) .

(٢) في (م) ، (ن) : [تماطر] .

(٣) في (ن) : [الأصنع] .

(٤) هي تماضر بنت الإصبغ بن عمرو الكلبية تزوجها عبد الرحمن بن عوف حينما بعثه النبي ﷺ إلى بني كلب فأنجبت له أبا سلمة بن عبد الرحمن وكان في تماضر سوء خلق وكانت على تطليقتين فجرى بينها وبين عبد الرحمن شيء فقال لها إذا حضت وطهرت فأعلميني فأعلمته بذلك فطلقها . انظر : الإصابة (٥٤٣/٧ – ٥٤٤) الطبقات الكبرى لابن سعد (٢١٨/٨ – ٢٢٠) ، جمهرة أنساب العرب ١٣١ .

(٥) أخرجه الدارقطني في سننه كتاب الطلاق والخلع والإيلاء (١٢/٤) ، عبد الرزاق في المصنف باب الطلاق المريض بنحوه (٦٢/٧) وهو عند البيهقي في السنن الكبرى ، باب الاختيار للزوج أن لا يطلق إلا واحدة (٣٢٩/٧ ، ٣٣٠) وابن أبي شيبة في المصنف ، باب من رخص للرجل أن يطلق ثلاثًا في مجلس (١٣/٤) .

(٦) هذا استدلال للمخالف على جواز إيقاع الثلاث بكلمة واحدة انظر : الأم (١٩٣/٥) .

(٧) ليث بن سعد بن عبد الرحمن النهمي روى عن عطاء ونافع وقتادة والزهري وغيرهم ، وعنه ابن عجلان وهشيم وابن المبارك وابن وهب وغيرهم . قال ابن بكير له موافقة من مالك وثقه أحمد وابن معين. مات سنة (١٧٥) هـ انظر : الجرح والتعديل (١٧٩/٧،١٨٠) ، والكاشف (١٢/٣،١٣) تهذيب التهذيب (٤٥٩/٨-٤٦٥) ، خلاصة تهذيب الكمال (٣٧١/٢) .

(٨) طلحة بن عبيد الله بن عوف ، الزهري ، روى عن أبي هريرة ، وعثمان بن عفان وابن عباس وسعيد ابن المسيب وغيرهم ، وعنه الزهري وأبوعبيدة وغيرهم قال ابن معين وأبو زرعة ثقة توفي بالمدينة (٩٧) هـ انظر : الكاشف (٣٩/٢) سير أعلام النبلاء ج (١٧٤/٤،١٧٥) الثقات (٣٩٢/٤) تهذيب التهذيب (١٩/٥) .

(٩) في (م) (ن) : [تماطر] .

الثلاث في مرضه (١) .

٢٣٣١٩ - قالوا (٢) : روى « أن ابن عمر » (٣) وحفص بن المغيرة (٤) : طلق فاطمة بنت قيس (٥) ثلاثًا في كلمة واحدة (٦) .

٢٣٣٢٠ - قلنا : فعله على عهد رسول الله ﷺ [لا يقدح في الإجماع ، لأن فعله في تلك الحال ليس بحجة ، إلا أن يعلم به ﷺ] (٧) ، فيقره عليه (٨) .

٢٣٣٢١ - ولأنه روى عن فاطمة أنها قالت : بعث رسول الله ﷺ في بعثة ، وخرج زوجي معه فكتب إلى ببعثه تطليقاتي الثلاث (٩) ، وهذا يدل على أنه (١٠) فرق الطلاق (١١) .

٢٣٣٢٢ - قالوا : (١٢) روى أن الحسن بن على (١٣) رضي الله عنهما قالت له امرأته عائشة

---

(١) في (م) : [مرضها] . أخرجه الدارقطني في سننه ، كتاب الطلاق والخلع والإيلاء (٦٥،٦٤/٤) وعند البيهقي في السنن الكبرى ، باب ما جاء في توريث المبتوتة في مرض موتها ج ٣٦٣ . وأخرجه الشافعي في مسنده كتاب الطلاق والرجعة ٢٩٥ ، عند مالك في الموطأ (٦٤٥/٢) .

(٢) انظر : المغني (٢٤٠/٨) ، الشرح الكبير (٢٥٧/٨) ، الحاوي الكبير ورقة ١٣٦ .

(٣) هكذا في جميع النسخ وصحته أن أبا عمرو حفص بن المغيره - كما في سياق الحديث عند الإمام مسلم في صحيحه (١١١٦/٢) ، وأبو داود في سننه ٢٠ ٧١٤/٢) .

(٤) هو حفص بن المغيرة بن عبد الله بن عمر بن مخزوم القرشي . بعثه رسول الله ﷺ مع على بن أبي طالب حين بعث عليًا أميرًا إلى اليمن فطلق امرأته هناك فاطمة وبعث إليها بطلاقها ثم مات هناك . انظر : الاستيعاب (١٧١٩/٤) ، أسد الغابة (٣٤،٣٣/٢) ، الإصابة (٢٨٧/٧) .

(٥) هي فاطمة بنت قيس بنت خالد الأكبر بن فهر القرشية . روت عن اللنبي ﷺ وعنها الشعبي ، والنخعي وأبو سلمة . كانت من المهاجرات الأول وكانت ذات عقل وكمال وكانت عند أبي عمرو فطلقها فخطبها معاوية وأبو جهم فاستشارت النبي ﷺ فأشار عليها بأسامة بن زيد فزوجته . انظر : الإستيعاب (١٩٠١/٤) الإصابة (٦٩/٨) ، أسد الغابة (٢٣٠/٧) ، والطبقات الكبرى (٢٠٠/٨-٢٠٢) .

(٦) في (ن) ، (ع) : [بكلمة واحدة] . الحديث أخرجه الإمام مسلم في صحيحه باب المطلقة ثلاثًا لا نفقة لها (١١١٦/٢-١١١٧) .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٨) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٩) أخرجه أبو داود في سننه باب في نفقة المبتوتة (٧١٧،٧١٦/٢) .

(١٠) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(١١) انظر : شرح الزركشي (٣٧٥/٥) .

(١٢) انظر : الشرح الكبير (٥٦/٨) ، المبدع (٢٦١/٧) ، المغني (٢٤٠/٨) .

(١٣) الحسن بن على بن طالب بن هاشم سبط رسول الله ﷺ ، روى عن النبي ﷺ وأبيه وهند بنت أبي هالة وغيرهم ، وعن عائشة وابن سيرين وأبو مجلز وغيرهم ، كان أشبه الناس برسول الله ﷺ .

الخثعمية [١] لما قتل علي ﷺ : لتهنئك الخلافة يا أمير المؤمنين . فقال لها الحسن : أو يقتل أمير المؤمنين وتشمتين [٢] اذهبي : فأنت طالق ثلاثًا [٣] [٤] .

٢٣٣٢٣ - قلنا : هذه قصة لم ينقلها الفقهاء ، ولا دلالة فيها ، لأن الإجماع حصل قبل [٥] ذلك ، وخلاف الحسن لا يعتد به على عمر ، وعلى ، وابن مسعود ، ومتى انعقد الاجماع [٦] فهو حجة على الحسن ومن بعده .

٢٣٣٢٤ - ولأنه تحريم البضع بقول الزوج من غير حاجة ، فوجب أن يتعلق به الكراهة [٧] ، كالظهار [٨] ، ولا يلزم الطلاق قبل الدخول ، لأن التحريم لا يحصل بقول الزوج ، ولكن بعدم العدة ولا [٩] يلزم التطليقة الثالثة ، لأن التحريم لا يتعلق بها ، وأنما يتعلق بها وبما تقدم عليها من طلاق . ولا يلزم الخلع ، لأنا قلنا : من غير حاجة [والخلع لا يجوز إلا عند الشقاق وذلك حاجة] [١٠] .

٢٣٣٢٥ - قالوا : التحريم في الظهار لا يقع بقول الزوج على المذهبين ، لأن عندنا يحرم بإمساكها عقيب الظهار [١١] و[١٢] عندكم تحرم لكن يقال له : إن أردت الوطء فكفر [١٣] .

٢٣٣٢٦ - قلنا : هذا غلط ، لأن التحريم يقع بالظهار وإمساكها عندكم يوجب الكفارة . فأما أن يتعلق به التحريم فلا [١٤] ، وعلى قولنا : التحريم يتعلق بالظهار ، وما

---

(١) عائشة بنت خليفة الخثعمية امرأة الحسن بن على كانت عنده وكان من أمرها لما بويع الحسن بن علي بالخلافة قالت له ليهنئك الخلافة يا أمير المؤمنين فغضب عليها فطلقها ثلاثًا وبعث إلها بعشرة آلاف متعة . الأنساب للسمعاني (٣٢٦/٢) .

(٢) في (ن) ، (ع) : [أو تشمتين] .

(٣) ساقطة من (م) .

(٤) أخرجه الدارقطني في سننه كتاب الطلاق والخلع والإيلاء وغير ذلك (٣٠/٤) - والبيهقي في السنن الكبرى (٣٣٦/٧) باب الاختيار للزوج أن لا يطلق إلا واحدة .

(٥) في (ن) ، (ع) : [مثل] .

(٦) في (ص) : [انتقد أن الإجماع] .

(٧) الكراهة ورود خطاب الشارع بطلب ترك ليس معه جزم . شرح الكوكب (٣٤١/١) .

(٨) بل هذا أولى فإن الظهار تحريم البضع ، بمجرد قوله من غير حاجة دون إزالة الملك ، وفي إيقاع الثلاث تحريم البضع مع إزالة الملك . انظر : المبسوط (٦/٦،٧) ، والمغني (٢٤١/٨) .

(٩) ساقطة من (م) .

(١٠) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) ومستدرك في الهامش انظر : بدائع الصنائع (٩٨/٣) .

(١١) في (م) : [الطهار] .

(١٢) ساقطة من النسخ .

(١٣) انظر : المهذب (١١٤/٢) .

(١٤) انظر : المهذب (١١٣/٢) .

يزيل التحريم لا ينحصر وجوبه عندنا .

٢٣٣٢٧ - قالوا : المعنى في الظهار (١) : أنه منكر من القول وزور (٢) .

٢٣٣٢٨ - قلنا : (٣) ليس [كذلك ماسكًا ولا يزال له ملكه فجاز مجتمعا ومتفرقًا فأعلنا قوله وانتم لتقولون منكرًا من القول وزورًا ليس] (٤) هو علة لتحريم (٥) الظهار ، وإنما هو تنبيه على الكذب في تشبيهها (٦) بالأم (٧) والعلة في المنع إنما هو ما يتعلق بها من التحريم ، ولهذا لو شبهها بظهر (٨) الأجنبية كان كذبًا وزورًا ، ولا يوجد فيه التحريم ، والحظر (٩) الذي يوجد في الظهار (١٠) .

٢٣٣٢٩ - وقولهم : إن الطلاق إزالة الملك فجاز (١١) مجتمعًا ، ومتفرقًا (١٢) ليس بصحيح لأنه قد يجوز التفريق فيما لا يجوز جمعه كضرب الحدود (١٣) ، ورمي الجمار (١٤) وألفاظ اللعان (١٥) ، ولأنه إيقاع طلاق لا يأمن معه الندم ، لمعنى يعود إلى فعله ، فصار كالطلاق عقيب الجماع [يبين ذلك : أن الإنسان في العادة يطلق ، ثم تتبع نفسه المرأة ، كما أنه إذا طلق عقيب الجماع] (١٦) وظهر (١٧) الحمل ندم (١٨) .

٢٣٣٣٠ - ولا يلزم طلاق غير المدخول بها لأن الندم غير مأمون ، إلا أنه لا يعود

---

(١) في (م) : [الطهار] . (٢) في (ع) : [وزواد] .

(٣) ساقط من جميع النسخ .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) ومستدرك في الهامش

(٥) في (م) : [التحريم] . (٦) في (ن) ، (ع) : [شبهها] .

(٧) في (م) : [باللام] . (٨) في (م) : [يطهر] .

(٩) في (م) : [والحطر] . (١٠) انظر : بدائع الصنائع (٢٣٣/٣) .

(١١) في (ن) : [فجازا] . (١٢) انظر : النكت ورقة ٢١٧ .

(١٣) في اللغة مختار الصحاح باب الحاء ١١٦ وفي الشرع عقوبة مقدرة وجبت حقًا لله تعالى . الاختيار (٢٦١/٣) . قال في فتح القدير لا يجوز الجمع في ضرب الحدود إلا إذا كان لعذر كالمرض الذي لا يرجى زواله كالسل أو كان خدلجاً ضعيف الخلقة فيضرب بعثكال فيه مائة شمراخ فيضرب به دفعة . فتح القدير (٢٤٥/٥) .

(١٤) قال في بدائع الصنائع فإن رمى إحدى الجمار بسبع حصيات جميعًا دفعة واحدة فهي واحدة ، ويرمي ستة أخرى ، لأن التوقيف ورد بتفريق الرميات فوجب اعتباره . بدائع الصنائع (١٥٨/٢) .

(١٥) انظر : بدائع الصنائع (٢٣٧/٣) ، فتح القدير (٢٨٥/٤) ، مع الهداية .

(١٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) . (١٧) في (ص) : [وطهر] .

(١٨) انظر : بدائع الصنائع (٩٤/٣) .

إلى فعله ، وإنما يعود إلى عدم العلة [١] ولا يلزم إيقاع الثالثة ، لأنه جرب نفسه في مدة العدة ، فلو ندم لم يطلق [٢] ، ولا يلزم الخلع ، لأنه [٣] يكون عند الشقاق ، فيؤمن معه الندم [٤] .

٢٣٣٣١ - فإن قيل : المعنى في الطلاق عقيب الجماع ، فعدتها وضع الحمل إن تحمل ، وإن كانت لم تحمل ، فعدتها بالإقراء [٥] .

٢٣٣٣٢ - قلنا : لو كان كذلك لم يجز طلاق المراهقة [٦] لأنها لا تدري بماذا تعتد ، لأنها تعتد [٧] بالشهور ما لم تحض ، فإن حاضت اعتدت بالحيض ، فلما لم يكره طلاقها دل على بطلان هذا التعليل [٨] .

٢٣٣٣٣ - ولأنه استعجل الطلاق عن وقت أبيح إيقاعه فيه فجاز أن يتعلق به الكراهة ، كما لو طلقها في الحيض ، وعقيب الجماع [٩] ولأنه معنى ذو [١٠] عدد موقع يختلف بالرق والحرية ، فجاز أن تتعلق الكراهة بجميعه ، ولأنه كالحد .

٢٣٣٣٤ - ولأنه معنى ذو عدد اعتبر فيه السنة من حيث الوقت ، فاعتبرت في التفريق كرمي الجمار [١١] ، ولأنه معنى ذو عدد جعل سببا في البينونة فلا يجوز الجمع

(١) قال في بدائع الصنائع : وهذا بخلاف الطلاق قبل الدخول ، لأنه طلاق لحاجة ، لأنه قد يحتاج إلى الطلاق قبل الدخول ولا يمكن دفع الحاجة بالطلاق الرجعي ، لأن الطلاق قبل الدخول لا يتصور إيقاعه إلا بائنًا فكان طلاقًا لحاجة فكان مسنونًا ، بدائع الصنائع (٩٦/٣) .

(٢) انظر : المبسوط (٧،٦/٦) ، بدائع الصنائع (٨٩/٣) .

(٣) ساقطة من (ع) .

(٤) ولأن الخلع لا يتصور إيقاعه إلا بصفة الإبانة . ألا ترى أنه لا يتصور أن يكون رجعيًا ، ولأن الله تعالى رفع الجناح في الخلع مطلقًا بقوله ﷻ « لا جناح عليهما فيما افتدت به » البقرة : ٢٢٩) فدل على كونه مباحًا مطلقًا . بدائع الصنائع (٩٦/٣) .

(٥) أي أن الطلاق عقيب الجماع عند المخالف في الطهر الذي جامعها فيه ممنوع ، لأنه لا يعلم هل علقت بالوطء فتكون عدتها بالحمل أو لم تعلق ، فتكون عدتها بالأقراء . انظر : المهذب مع المجموع (٢١٦/١٨) .

(٦) الرهق : الدنو . وفي الحديث : « أرهقوا القبلة » أي أدنوا منها ومنه قولهم غلام مراهق أي مقارب للحلم وراهق الحلم قاربه . لسان العرب (١٧٥٦/٣) باب الراء .

(٧) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٨) انظر : بدائع الصنائع (١٩٢/٣) ، الاختيار (١٤٦،١٤٣/٣) .

(٩) انظر : المبسوط (٧،٦/٦) ، بدائع الصنائع (٨٩،٨٨/٣) .

(١٠) في (ن) ، (ع) : [دون] .

(١١) في (م) : [الحمار] .

فيه كاللعان (١) .

٢٣٣٣٥ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾ (٢) .

٢٣٣٣٦ - والجواب : أنا قد بينا أن هذه الآية دليلنا (٣) ، لأن (٤) قوله تعالى : ﴿ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾ (٥) أمر ، والأمر لا يتضمن العدد ، ولأن المراد به الطلاق الرجعي ، بدلالة قوله تعالى : ﴿ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ ﴾ (٦) ولا حكم (٧) يتعلق بالزوج من العدة إلا الرجعة ، فلا يجوز أن يكون لأجل النفقة ، لأن ذلك من حقوقها ، والمرجع فيه إلى قولها ، ولأنه تعالى قال (٨) : ﴿ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا ﴾ (٩) . أي يبدوا له فيراجعها (١٠)

٢٣٣٣٧ - يبين ذلك أن الصحابة ﷺ فهموا من الآية ما ذكرنا ، فروى أن المطلب بن حنطب (١١) سأل عمر ﷺ عن (١٢) التطليقات الثلاث ، فتلا قوله تعالى ﴿ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾ (١٣) ثم قال : ولو أنهم فعلوا ما يوعظون به لكان خيرًا لهم وأشد تثبيتًا (١٤) (١٥) وقال علي ﷺ : لو طلق الناس كما أمر الله تعالى ما تبعت نفس رجل امرأة طلقها أبدًا (١٦) .

---

(١) انظر : فتح القدير (٢٨٥/٤) .

(٢) سورة الطلاق : الآية ١ . انظر : النكت ورقة ٢١٧

(٣) انظر : ص .

(٤) في (ن) ، (ع) : [وأن] .

(٥) سورة الطلاق : الآية ١ .

(٦) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٧) في (ن) : [حلم] .

(٨) ساقطة من (ن) .

(٩) سورة الطلاق : الآية ١ .

(١٠) انظر : المبسوط (٥/٦) ، بدائع الصنائع (٨٩/٣) ، المبدع (٢٦٢/٧) .

(١١) في (ن) ، (ع) : [حطب] . هو : المطلب بن حنطب بن الحارث بن مخزوم روى عن النبي ﷺ وأبي بكر وعمر . ومن ولده الحكم بن المطلب ، كان أكرم أهل زمانه وزهد في آخرته . انظر : الإستيعاب (١٤٠١/٣-١٤٠٢) أسد الغابة (١٨٧/٥،١٨٨) الإصابة (١٣٢/٦) .

(١٢) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(١٣) سورة الطلاق : الآية ١ .

(١٤) سورة النساء : الآية ٦٦ .

(١٥) أخرجه الإمام الشافعي في مسنده ، باب أحكام الطلاق (٣٨/٢) والبيهقي في السنن الكبرى ، باب ما جاء في كنايات الطلاق (٣٤٣/٧) ، وعبد الرزاق في مصنفه باب البتة والخلية . المصنف (٣٥٦/٦) .

(١٦) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف كتاب الطلاق ، ما يستحب من طلاق السنة وكيف هو (٤/٥) ، ابن حجر في المطالب العالية بمعناه باب طلاق السنة (٦٠/٢) .

٢٣٣٣٨ - احتجوا : (١) بقوله تعالى : ﴿ لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ ﴾ (٢) .

٢٣٣٣٩ - قلنا : هذا (٣) يقتضي ملابسة الطلاق ، ولا يقتضي ملابسة العدد ، و لا التكرار .

٢٣٣٤٠ - قالوا : روى أن ابن عمر طلق امرأته في حال الحيض ، فأمره النبي ﷺ : أن يراجعها ، فإذا (٤) طهرت طلقها طاهرًا من غير جماع ، أو حاملًا قد استبان حملها (٥) فبين السنة في الوقت ، ولم يبين السنة في العدد (٦) .

٢٣٣٤١ - قلنا : قد بين ذلك بقوله ﷺ : « ما هكذا أمرك ربك يا ابن عمر ، إنما أمرك أن تستقبل الطهر استقبالًا ، فتطلقها لكل قرء (٧) تطليقة » .

٢٣٣٤٢ - قالوا : روى أن عويمرا العجلاني (٨) (٩) لما فرغ (١٠) من اللعان قال كذبتُ (١١) عليها إن أمسكتها ، فهي طالق ثلاثًا (١٢) ولم ينكر ﷺ عليه إيقاع الثلاث دفعة (١٣) .

٢٣٣٤٣ - قلنا : البينونة هاهنا مستحقة ، وإنما يكره [جميع التطليقات في الموضع

---

(١) انظر : الأم (١٩٢/٥) . (٢) سورة البقرة : الآية ٢٣٦ .

(٣) ساقطة من (ن) ، (ع) . (٤) في (ن) ، (ع) : [وإذا] .

(٥) أخرجه الإمام مسلم في صحيحه كتاب الطلاق باب تحريم طلاق الحائض بغير رضاها (١٠٩٥/٢) .

(٦) انظر : الأم (١٩٣/٥) ، معرفة السنن والآثار (٣٦/١١) .

(٧) في : [قر] .

(٨) في (ع) : [أن عويمر ما هكذا أمرك العجلاني] .

(٩) عويمر بن الحارث بن زيد العجلاني صاحب اللعان وهو الذي رمى امرأته بشريك بن السمحاء فلا عن رسول الله ﷺ بينهما سنة تسع من الهجرة . انظر : الاستيعاب (١٢٢٦/٣) ، الإصابة (٧٤٦/٤) أسد الغابة (٣١٧/٤) . (١٠) في (م) (ن) : [فرع] .

(١١) في (م) : [كذبت] .

(١٢) أخرجه الإمام البخاري في صحيحه باب اللعان كتاب اللعان (١١٢٩/٢، ١١٣٠) والنسائي باب اجتماع المتلاعنين ج (١٧٧/٦، ١٧٨) وأحمد في مسنده (٣٣٤/٥) والبيهقي في السنن الكبرى (٤٠٠/٧، ٤٠١) وابن أبي شيبة في المصنف ما قالوا في المتلاعنين إذا فرق بينهما يكون لها مهر بنحوه وعبد الرزاق في المصنف باب لا يجتمع المتلاعنان أبدًا (١١٥/٧، ١١٦) .

(١٣) انظر : الأم للشافعي (١٩٣/٥) ، المبدع (٢٦١/٧) ، والمهذب (٧٩/٢) ، والنكت للشيرازي ورقة ٢١٧ ، المحلي (٤٦٥/١١) ، شرح الزركشي (٣٧٣/٥) معرفة السنن والآثار (٣١/١١) .

الذي يقطع به الرجعة ، ومتى كانت البينونة مستحقة لم يكره] [١] عندنا [٢] ، ويجوز أن يكون هذا في وقت لم تثبت « سنة الطلاق » [٣] بدلالة أن النبي ﷺ لم يسأل عن طهرها ، ولو كانت السنة في الطلاق تثبت لسأل عن ذلك لينكر [٤] الطلاق إن كان في حال الحيض ، ولأنه اعتقد بقاء النكاح وأوقع الطلاق .

٢٣٣٤٤ - وعندهم قد وقع التحريم المؤبد قبل هذا الطلاق [٥] ولا يجوز أن يترك إنكار ذلك ، ليعلم أنه أنكره ولم ينقل كذلك [٦] أنه أنكر إيقاع الثلاث [٧] .

٢٣٣٤٥ - فإن قيل : قد نقل إنكاره كذلك [٨] لأنه قال لا سبيل لك عليها [٩] .

٢٣٣٤٦ - قلنا : هذا ليس بإنكار ، لأنه يحتمل لا سبيل لك عليها لأنك طلقتها .

٢٣٣٤٧ - وقد قيل : يجوز أن يكون قوله : كذبت عليها إن أمسكتها فهي [١٠] طالق ثلاثًا . أي : هي محرمة باللعان كتحريم [١١] الثلاث فلذلك لم ينكر عليه إيقاع الثلاث ، ولا اعتقاد بقاء النكاح .

٢٣٣٤٨ - قالوا : طلاق في طهر لم يجامعها فيه كالواحدة ، وربما قالوا : طلاق صادف عدة من غير ريبة كالواحدة [١٢] .

٢٣٣٤٩ - [قلنا : قولكم صادق عدة لا نسلمه لأن العدة عندنا الحيض .

٢٣٣٥٠ - وقولكم : من غير ريبة] [١٣] يحترزون به عن الطلاق عقيب الجماع ،

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) ومستدرك في الهامش .

(٢) انظر : المبسوط (٦/٥،٦) .

(٣) في (ن) ، (ع) : [صفة الطلاق] .

(٤) في (م) : [ليكسر] .

(٥) انظر : المهذب (١٢٧/٢) .

(٦) في (ن) : [ذلك] .

(٧) ويحتمل أيضًا أن النبي ﷺ ترك الإنكار على العجلاني في ذلك الوقت شفقة عليه أو أنه أخر الإنكار إلى وقت آخر كما أن اللعان يوجب تحريمًا مؤبدًا ، فالطلاق بعده كالطلاق بعد انفساخ النكاح بالرضاع أو غيره ، ولأن جمع الثلاث إنما حرم لما يعقبه من الندم ويحصل به من الضرر فيفوت عليه من حل نكاحها ولا يحصل ذلك بالطلاق بعد اللعان لحصوله باللعان . وسائر الأحاديث لم يقع فيها جمع الثلاث بين يدي رسول الله ﷺ فيكون مقرًا عليه ، ولا حضر المطلق عند النبي ﷺ حين أخبر بذلك لينكر عليه . انظر : المبسوط (٥/٦) ، المغني (٢٤١/٨،٢٤٢) .

(٨) في (م) : [لذلك] .

(٩) سبق تخريجه .

(١٠) في (م) : [هي] وما ذكرناه أنسب كما هو سياق الحديث .

(١١) في (م) : [لتحريم] .

(١٢) انظر : النكت للشيرازي ورقة ٢١٧ .

(١٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) ومستدرك في الهامش .

وهناك المانع من الطلاق خوف الندم ، وهذا موجود في الثلاث .

٢٣٣٥١ - والمعنى في الواحدة أن الإيقاع [1] يؤمن معه الندم [من غير أضرار معتبرة ، وليس كذلك الثلاث ، لأنه لا يأمن معه الندم] [2] في الغالب فصار كالطلاق عقيب الجماع .

٢٣٣٥٢ - فإن قيل : علة الأصل ، تبطل بإيقاع تطليقتين .

٢٣٣٥٣ - قلنا : قد لا يأمن معها الندم إذا كانت المطلقة أمة ، ونحن اعتبرنا لأمن [3] من الندم بكل حال .

٢٣٣٥٤ - قالوا : إزالة ملك يملك [4] تفريقه فملك [5] جمعه كعتق العبيد [6] .

٢٣٣٥٥ - قلنا : قد [7] يجوز التفريق فيما لا يجوز الجمع فيه [8] بدلالة رمي الجمار [9] وتفريق الجلد في الحد [10] ، وتفريق كلمات اللعان [11] ، ولأن عتق العبد [لم يمنع] [12] منه منعًا يعود إلى الزمان ، فلم يمنع منه [13] منعًا [14] يعود إلى الجمع ، ولما منع من الطلاق منعًا يختص بالزمان ، جاز أن يمنع منه منعًا يعود إلى الجمع .

٢٣٣٥٦ - قالوا : كل طلاق يجوز تفريقه جاز جمعه كطلاق أربعة نسوة [15] .

٢٣٣٥٧ - قلنا : جمع طلاق النساء وتفرقه سواء ، لأنه يقتضي حال الجمع ما يقتضي حال التفريق ، وليس كذلك طلاق المرأة الواحدة ، لأنه يختلف حكمه بالجمع والتفريق ، فجاز أن تختلف الإباحة فيه ، ولأن حيض إحدى النساء لا يمنع طلاق الأخرى ، ولما كان حيض المرأة يمنع طلاقها ، جاز أن يكون طلاقها يؤثر في المنع من طلاقها .

٢٣٣٥٨ - قالوا : ذو عدد [16] يملكه الزوج بعقد النكاح يجوز تفريقه ، فوجب أن

---

(١) في (م) : [إيقاع] .
(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .
(٣) في (ن) ، (ع) : [الأمرين] .
(٤) ساقطة من (م) .
(٥) في (م) : [فملكي] .
(٦) انظر : النكت ورقة ٢١٧ .
(٧) ساقطة من (ن) ، (ع) .
(٨) في (ن) ، (ع) : [يجوز فيه الجمع] .
(٩) انظر : ص
(١٠) انظر : ص
(١١) انظر : ص
(١٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .
(١٣) ساقط من (م) .
(١٤) في (م) : [تبعًا] .
(١٥) انظر : الشرح الكبير (٢٥٧/٨) ، والمغني (٢٤٠/٨) ، والكافي (٧٨٦/٢) .
(١٦) في (ن) : [عدل] .

يجوز جمعه ، كعدد « الإرضاع » [١] [٢] .

٢٣٣٥٩ – قلنا : الوصف لا يوجد في الأصل لأن عدد الأبضاع [٣] لا يملك بالعقد ، وإنما / يملك أن يستبيحه بعقد الشرع ، ثم نقلب فنقول : فجاز أن يمنع جمعه كعدد الأبضاع إذا جمع بين حرة وأمة [٤] وأختين [٥] ، ولأن ملك الأبضاع لا يختص بوقت دون وقت ، فاستوى في الجائز منه الجمع والتفريق . ولما اختص الطلاق بوقت دون وقت جاز أن يختلف حكم اجتماعه وافتراقه في الإيقاع . ٢٦٢/أ

٢٣٣٦٠ – قالوا : كل من جاز له أن يطلق [واحدة ، جاز له أن يطلق] [٦] ثلاثًا ، كما لو أمسكها بشهوة ثم قال لها : أنت طالق [٧] .

٢٣٣٦١ – قلنا : ينتقض بمن طلق امرأته تطليقتين ، وهي [٨] في الطهر الثالث [يملك أن يطلقها] [٩] [واحدة ولا يملك أن يطلقها] [١٠] ثلاثًا ، والعبد عندهم [١١] ، وزوج الأمة عندنا يملك أن يطلق واحدة . ولا يملك أن يطلق ثلاثًا [١٢] ولأن الكلام معهم في إيقاع ثلاث [١٣] تطليقات بلفظة واحدة ، فإن عللوا لإيقاعها متفرقة في طهر واحد قلنا بموجبه إذا خالعها ، ثم تزوجها ثم خالعها ، ثم تزوجها ، ثم تزوجها وخالعها ، والمعنى في الأصل الذي قاسوا عليه : أنه يوجد بعد الطلاق ما يدل على تبقية النكاح ، وهو الاستمتاع المقصود ، فرفع حكم ذلك الطلاق ، كما لو قال بعد الطلاق : راجعتك ، وليس كذلك موضع الخلاف ، لأنه لم يوجد بعد التطليقة الأولى ما يدل على تبقية النكاح ، فلم يجز أن يضم إليها [في الطهر] [١٤] تطليقة أخرى .

* * *

---

(١) هكذا في جميع النسخ وصحة العبارة [كعدد الإبضاع] انظر : النكت ورقة ٢١٧ .
(٢) انظر : النكت ورقة ٢١٧ ، الشرح الكبير (٢٥٧/٨) ، المغني (٢٤٠/٨) .
(٣) في (ن) ، (ع) : [الإرضاع] .
(٤) انظر : البحر الرائق (١١٢،١٠٢) .
(٥) انظر : الهداية (١٩١/١)
(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .
(٧) انظر : الحاوي الكبير ورقة ١٣٧ .
(٨) في (م) : [وهو] .
(٩) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .
(١٠) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ومستدرك في الهامش .
(١١) انظر : المهذب (٧٨/٢) .
(١٢) انظر : الهداية (٢٣٠/١) .
(١٣) ساقطة من (ن) .
(١٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) .

إذا قال الرجل لامرأته إذا طلقتك فأنت طالقة قبله ثلاثًا

٢٣٣٦٢ – قال أصحابنا : إذا قال الرجل لامرأته إذا طلقتك فأنت طالق قبله ثلاثًا ، ثم طلقها ، وقع [1] الطلاق عليها ، ووقع الشرط تمام الثلاث عليها في الحال [2] .

٢٣٣٦٣ – وقال بعض أصحاب الشافعي على قياس مذهبه : لا تطلق هذه المرأة أبدًا [3] .

٢٣٣٦٤ – لنا : قوله تعالى ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ﴾ [4] ، وقوله تعالى : ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيۡكُمۡ إِن طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمۡ تَمَسُّوهُنَّ﴾ [5] وقال ﷺ : كل الطلاق جائز إلا طلاق المعتوه [6] والصبي [7] وقال : الطلاق لمن أخذ بالساق [8] .

---

(١) في (ن) ، (ع) : [فوق] .

(٢) انظر : هذه المسألة في فتح القدير (٢٩/٤) ، البحر الرائق (٢٩/٣) ، منحة الخالق على البحر الرائق (٢٩٣/٣) للعلامة السيد محمد أمين الشهير بابن عابدين .

(٣) هذا قول أبي العباس بن سريج وابن الحداد والشيخ أبو حامد وأبي الطيب الطبري ، وهذا ما صححه الأكثرون . ونسبه في البحر إلى جمهور الخرسانيين ، وهو قول المزني والقفال ، ونقل في البحر أن الشافعي نص عليه في المسائل المنثورة . قال الإسنوي : إذا كان صاحب المذهب نص عليه ، وقال به أكثر الأصحاب خصوصًا الشيخ أبا حامد شيخ العراقيين والقفال شيخ المراوزة كان هو الصحيح . وقيل يقع المنجز فقط ، وهو اختيار الماوردي ورجحه ابن أبي عصرون وصاحب الاستقصاء وقيل ثلاث . انظر : المهذب (٩٩/٢) ، روضة الطالبين (١٦٢/٨) ، مغني المحتاج (٣٢٣/٣،٣٢٤) ، نهاية المحتاج (٣٢/٧،٣٣) .

(٤) سورة البقرة : الآية ٢٢٩ . (٥) سورة البقرة : الآية ٢٣٦ .

(٦) في (ن) ، (ع) : [المعتق] . عُته الرجل عتهًا وعتاهًا وهو المدهوش من غير مس ولا جنون ، لسان العرب (٢٤٤٢/٤)

(٧) صبا صبوًا وصباءً والمصدر الصبا والصبي هو من لدن أن يولد إلى أن يبلغ . اللسان (٢٣٩٧/٤) . الحديث أخرجه الترمذي في جامعه باب ما جاء في طلاق المعتوه . سنن الترمذي (٤٩٦/٣) . والبيهقي في السنن الكبرى – باب من لا يجوز طلاق الصبي حتى يبلغ ، وطلاق المعتوه حتى يفيق موقوفًا (٣٥٩/٧) . سنن الترمذي (٤٩٦/٣) . والبيهقي في السنن الكبرى – باب من لا يجوز طلاق الصبي حتى يبلغ ، وطلاق المعتوه حتى يفيق موقوفًا (٣٥٩/٧) .

(٨) الحديث أخرجه ابن ماجه في كتاب الطلاق – باب طلاق العبد (٦٧٢/١) والدارقطني في سننه كتاب الطلاق =

٢٣٣٦٥ - ولأنه يصح ظهاره فصح طلاقة كسائر الأزواج ، ولأنها يمين فلا يمنع [1] وقوع الطلاق عليها [2] ، [ولأنه طلاق من مكلف ، فلا يمنع وقوعه عليها ، كما لو قال : إن دخلت الدار فأنت طالق] [3] [4] ولأنه طلاق [5] من مكلف في زوجه فوجب أن يقع عليها الطلاق الذي [جعله جزاء] [6] .

٢٣٣٦٦ - أصله : إذا لم يحلف ، ولأنه تصح مخالعته فيصح طلاقه . أصله : قبل اليمين ، يستبيحها بالنكاح ، فجاز أن ترتفع الاستباحة بالطلاق كما قبل اليمين .

٢٣٣٦٧ - احتجوا : بأنه إذا طلقها كان في إيقاع الطلاق إسقاطه ، لأن الطلاق الثلاث يقع عليها قبل ذلك ، فبطل هذا الطلاق . ومتى كان في إيقاعه إسقاطه لم يقع ، إذا لم تقع الثلاث لعدم شرطها ، فلا تطلق أبدًا [7] .

٢٣٣٦٨ - قلنا : إذ أوقع تطليقة لم يقع الطلاق [8] قبلها وإنما تقع تمام الثلاث عقيب هذه التطليقه .

٢٣٣٦٩ - ولأن قوله : إذا طلقتك شرط ، فإذا وجد صار كالمتكم بالجزاء في تلك الحال ، فكأنه قال لها بعد الطلاق : أنت طالق قبل أن أطلقك . فيقع في الحال ، ولا يقع فيما تقدم ، لأنه لا يملك ذلك .

٢٣٣٧٠ - ألا ترى : أن من قال لامرأة وقد تزوجها أول من أمس : أنت طالق أمس وقع عليها الطلاق حال [ما تكلم] [9] به ، ولو كان [قد وطئها] [10] اليوم ، لم يجب عليه مهرًا آخر ، ثم تبتدئ اليوم ولا تبتدئ من أمس [11] . يبين هذا : أن صحة هذا الطلاق رفع الاستباحة ، والزوج يملك رفع [12] الاستباحة فيما يستقبل ، ولا يملك رفعها في الماضي ، [لأن استباحة الماضي] [13] قد عدمت ، فلا يصح رفعها ، فإذا

= والخلع وغير ذلك (٣٨،٣٧/٤) والبيهقي في السنن الكبرى - باب طلاق العبد بغير إذن سيده (٢٣٥/٧ ،

(١) في (ن) : [فلا يمس ولا يمنع] .
(٢) انظر : تحفه الفقهاء (٢٩٤/٢) .
(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) ومكرر في (ص) .
(٤) انظر : تحفة الفقهاء (٢٩٤/٢) .
(٥) ساقطة من (ن) ، (ع) .
(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .
(٧) انظر : المهذب (٩٩/٢) ، النكت ورقة ٢٢
(٨) في (ن) ، (ع) : [لم يقع الطلاق] . كما يدل عليه السباق .
(٩) في (ن) ، (ع) : [ما يتكلم]
(١٠) في (ن) ، (ع) : [قد وطئها]
(١١) انظر : الجامع الصغير ١٩٦ ، المبسوط (١١٠/٦) الهداية مع العناية (٣٠/٤) ، البحر الرائق (٢٩٢/٣)
(١٢) ساقطة من (م)
(١٣) ما بين المعكوفتين ساقطة من (ع)

ثبت هذا لم يكن في إيقاع الطلاق إسقاطه لأن الطلاق الواقع باليمين لا يتقدم عليه [١] وإنما يقع بعده .

٢٣٣٧١ – فإن قيل : أليس عندكم يقع الطلاق في زمان متقدم [إذا قال لامرأته] [٢] أنت طالق قبل رمضان بشهر ، وقبل موت فلان بشهر وقبل قدومه بشهر ، [فكيف يصح قولكم إن الاستباحة الماضية لا يجوز رفعها .

٢٣٣٧٢ – قلنا : أما إذا قال قبل قد قدوم فلان بشهر] [٣] فإنما يقع بعد قدومه

٢٣٣٧٣ – قوله : قبل رمضان بشهر ، الطلاق لا [٤] يقع في زمان متقدم ، ولكن هذا رجل طلق امرأته [في أول شعبان] [٥] ، وهو زمان متأخر عن اليمين [٦] . وأما قوله : قبل موت فلان بشهر فقد علق الطلاق بوجود زمان يوصف أنه قبل موته بشهر ، وهذا الزمان بعد اليمين [٧] فكيف يلزم على مسألتنا ، ووزان مسألتنا أن يقول لها عند موته : أنت طالق منذ شهر . فيقع في الحال [٨] .

٢٣٣٧٤ – فإن قيل : أليس لا يقع الطلاق [حتى يوجد الموت . قلنا : الموت ليس بشرط الطلاق] [٩] لكن هو الذي يحصل حقه الشهر المعلق به الطلاق ، لأن ذلك الشهر مجهول ، وإنما يتعين بالموت فإذا وجد الموت استحق الشهر الصفة ، فوقع الطلاق من أوله ، ولما كان رمضان معلوم الوقت لم ينتظر [١٠] فأوقعنا الطلاق في أول رمضان .

* * *

---

(١) في (ن) ، (ع) : [متقدم عليه] .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ومستدرك في الهامش .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) ومستدرك في الهامش .

(٤) ساقطة من (م) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ومستدرك في الهامش .

(٦) انظر : فتح القدير (٣٨/٤) .

(٧) لو قال لامرأته أنت طالق قبل قدوم فلان بشهر ، أو قال لها : أنت طالق قبل موت فلان بشهر ، فقدم فلان أو مات لتمام الشهر فعلى قول زفر يقع الطلاق من أول الشهر ، حتى تعتبر العدة من ذلك الوقت ، وعند أبي يوسف ومحمد يقع الطلاق مقصورًا على حالة القدوم ، والموت حتى تعتبر العدة في الحال ، وقال أبو حنيفة : في القدوم الجواب كما « قالا » وفي الموت الجواب كما قال زفر . انظر : المبسوط (١١٧/٦، ١١٨) البحر الرائق (٣٠٠/٣) فتح القدير (٣٧/٤، ٣٨) (٨) انظر : المبسوط (١٢٠/٦)

(٩) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) ومستدرك في الهامش

(١٠) في (ن) : [تنظر] .

مسألة ١١٣٥

الفراق والسراح كنايتان

٢٣٣٧٥ - قال أصحابنا : الفراق [١] ، والسراح [٢] كنايتان لا يقع الطلاق بهما إلا بنية أو بدلالة حال [٣] .

٢٣٣٧٦ - وقال الشافعي في الجديد : هما صريحا الطلاق لا يفتقران إلى نية [٤] .

٢٣٣٧٧ - لنا : أن الصريح [٥] : ما اختص في الاستعمال والعرف [٦] بما حصل صريحا له لا يستعمل فيه وفي غيره على وجه واحد ، كإطلاق أنه يختص [٧] بالزوجات . تقول : طلقت زوجتي ، وأطلقت أسيرى .

٢٣٣٧٨ - والسَّراح : يستعمل في الزوجة ، وغيرها على وجه واحد . يقول :

---

(١) فارق الشيء مفارقة وفراقا : باينه ، والاسم : الفرقة ، وفارق فلان امرأته مفارقة وفراقا : باينها . انظر : لسان العرب باب الفاء (٣٣٩٨/٥) .

(٢) تسريح المرأة : تطليقها ، والاسم السراح ، مثل التبليغ والبلاغ ، وقد سمى الله ﷺ الطلاق سراحا فقال : ﴿ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا ﴾ الأحزاب ٤٩ . لسان العرب باب السين (١٤٥٦/٣) .

(٣) انظر : مختصر الطحاوي ١٩٥ ، المبسوط (٧٧/٦) ، تحفة الفقهاء (٢٧٠/٢) ، الهدايا (٢٤١/١) وهو رواية عن الإمام مالك وهذا هو المشهور . قال في أسهل المدارك : والفراق والسراح كنايتان على المشهور . انظر : أسهل المدارك (١٤٥/٢) الكافي (٥٧٥/٢) ، حاشية الدسوقي (٣٨١/٢) . ورواية عن الإمام أحمد وهذا ما عليه أكثر الأصحاب : انظر : الفروع (٣٧٩/٥) ، الإنصاف (٤٦٢/٨) .

(٤) القديم في المذهب : أن الفراق والسراح كنايتان . قال في روضة الطالبين : حكى أبو الحسن العبادى أن أبا عبد الرحمن القزاز نقل قولًا قديما أن السراح والفراق كنايتان ، والمشهور في المذهب أن الفراق والسراح صريحا الطلاق . قال في المنهاج : فصريحه الطلاق وكذا الفراق والسراح على المشهور . انظر : هذه المسألة في مختصر المزنى (٢٩٦/٨) ، المهذب (٨١/٢) ، روضة الطالبين (٣٢/٨) مغني المحتاج (٢٨٠/٣) . وهو رواية عن الإمام مالك ورواية عن الإمام أحمد الكافي (٢٧٥/٢) ، التفريع (٧٤/٢) ، المبدع (٢٦٩/٧) ، الفروع (٣٧٩/٥) .

(٥) الصريح في اللغة : الخالص ، يقال صرح الشيء : أي خلص . مختار الصحاح ٣٨٤ . وفي الشرع : ما استعمل في الطلاق دون غيره . البحر الرائق (٢٦٩/٣) .

(٦) في اللغة : ضد النكر يقال أولاه عُرْفا أي معروفا - مختار الصحاح باب العين . وفي الاصطلاح هو : ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول وتلقته الأمة بالقبول . التعريفات ١٩٤ .

(٧) ساقطة من (م) .

سرحت إبلي ، وزوجتي ، وفارقت زوجتي ، وفارقت صديقي ، وفارقت بلدي ، [١] فصار كقوله : بِنتِ وحَرمتِ لما استعمل في الزوجة ، وغيرها على وجه واحد ، لم يكن صريحًا [٢] .

٢٣٣٧٩ – فإن قيل : يقال : فلان طلق الدنيا . فيستعمل لفظ الطلاق على وجه غير [٣] الزوجية ، كما يستعمل فيها .

٢٣٣٨٠ – قلنا : هذا غلط ، لأنه إذا قال : طلقت فهم من ظاهره [٤] طلاق للنساء ، ولا يفهم طلاق الدنيا إلا بتقيد ، فإذا قال : فارقت ، أو سرحت . لم يختص ذلك بالنساء حتى يضيفه إليهن ، كما لا يفهم غير النساء حتى يضيفه فيقول : سراحت إبلي .

٢٣٣٨١ – ولأنه لفظ إيقاع يصح إرادة الثلاث به ، فوجب أن لا يكون صريحا في الطلاق ، كقوله : أنت بائن [٥] .

٢٣٣٨٢ – ولا يلزم قوله [٦] : طلقي نفسك ، لأنها ليس بإيقاع ، وإنما هو أمر [٧] .

٢٣٣٨٣ – ولا يلزم قوله : أنت طالق ، أو مطلقة ، لأنه ليس بصريح عندنا [٨] ،

---

(١) ساقطة من (ع) .

(٢) انظر : المبسوط (٧٨،٧٧/٦) ، بدائع الصنائع (١٠٦/٣) ، البحر الرائق (٣٢٥/٣) ، المغنى (٢٦٤/٨) ، الشرح الكبير (٢٧٤/٨) ، المبدع (٢٦٨/٧) .

(٣) ساقطة من (م) .

(٤) في (ن) : [طاهره] .

(٥) قال في المبسوط : ولو قال (أنت منى بائن أو خلية) إن نوى الطلاق فهو كما نوى إن نوى ثلاثا فثلاث ، لأنه نوى أتم أنواع البينونة ، فإن البينونة تارة تكون مع احتمال الوصل عقيبه وتارة تكون على وجه لا يحتمل الوصل عقيبه ، وهو الثلاث ما لم تتزوج بزوج آخر فعملت نيته . المبسوط (٧٣،٧٢/٦) فصح بهذا إرادة الثلاث بقوله أنت بائن ، لأنه من كنايات الطلاق ، كما صح في قوله فارقتك وسرحتك ، لأنه من كنايات الطلاق أيضًا .

(٦) في (م) ، (ن) : [قولي] .

(٧) مراد المصنف بهذا أن قوله طلقي نفسك وإن كان يصح إرادة الثلاث به إذا نواه الزوج إلا إنه ليس بإيقاع وإنما هو أمر احتمل الثلاث ، لأن قوله طلقي نفسك معناه أي : حصلن طلاقًا . والمصدر يحتمل الخصوص والعموم لأنه اسم جنس فإذا نوى الثلاث فقد نوى ما يحتمله كلامه فصحت نيته . انظر : بدائع الصنائع (١٢٣/٣) ، الاختيار (٩١/٣) .

(٨) أما قوله أنت طالق ليس بصريح فليس هذا على الإطلاق قال في بدائع الصنائع : ومن الصريح الإبانة فهو أن يكون بحروف الإبانه أو بحروف الطلاق لكن قبل الدخول حقيقة أو بعده ، لكن مقرونا بعدد الثلاث نصا ، كأن قال لها أَنتِ طالق ثلاثا أو إشارة ، وهذا إذا أشار إلى عدد الثلاث بأن قال لها أنتِ طالق هكذا يشير بالإبهام والسبابة والوسطى وكذا إذا كانت موصوفة بصفة تنبئ عن البينونة أو تدل عليها من غير حرف العطف ، مثل قوله أنتِ طالق بائن أو أنتِ طالق حرام . بدائع الصنائع (١١٠،١٠٩/٣) وأما قوله أنت مطلقة بالتخفيف فقال في بدائع الصنائع : من قال لامرأته أنتِ مُطْلَقَةٌ مخففة يرجع إلى نيته ، لأن الإطلاق في العرف يستعمل في إثبات =

ولأن هذا إخبار عن الصفه التي يؤول [1] إليها أمر المطلقة ، لأنه إذا طلقها سرحها ، وفارقها ، فكان من كنايات الطلاق ، كقوله : تقنعي [2] ، واستتري [3] ، لأنه لفظ لا يقع به الطلاق من المكره بغير نية ، فلم يكن صريحا كقوله : أنتِ بائن [4] .

٢٣٣٨٤ – احتجوا : [5] بقوله تعالى : ﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ ﴾ [6] .

٢٣٣٨٥ – قالوا : روى أنس بن مالك قال : سئل [7] رسول الله ﷺ فقيل له : ذكر الله تعالى ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ﴾ فأين الثالثة ، قال : ﴿ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ ﴾ [8] .

٢٣٣٨٦ – والجواب : أن هذا يدل أن التسريح طلاق وكذلك نقول ، إلا [9] أنا نشترط فيه النية ، كما يشترطون فيه عدم الإكراه ، ووجود القصد لا التلفظ به [10] .

٢٣٣٨٧ – قالوا : قال الله تعالى : ﴿ فَتَعَالَيۡنَ أُمَتِّعۡكُنَّ وَأُسَرِّحۡكُنَّ سَرَاحٗا ﴾ [11] [يعنى به الطلاق فدل أن السراح طلاق بغير نية .

٢٣٣٨٨ – قلنا : عندنا يقع الطلاق بالنية أو بدلالة القول ، فلما قال ﴿ أُمَتِّعۡكُنَّ

= الانطلاق عن الحبس والقيد الحقيقي ، فلا يحمل على القيد الحكمي إلا بالنية . انظر : بدائع الصنائع (١١٠/٣) .

(١) في (م) : [يوول] وفي (ن) : [يول] .

(٢) قناع المرأة جمعه قُنعا ، مثل كتاب وكتبا ، وتقنعت : لبست القناع . المصباح المنير (٤٦١/١) .

(٣) قال في بدائع الصنائع وقوله : تقنعي واستتري : أمر تقنع واستتار ، فيحتمل الطلاق ، لأنها إذا طلقت يلزمها ستر رأسها بالقناع وستر أعضائها بالثوب عن زوجها . بدائع الصنائع (١٠٥/٣) فصح بهذا أن قوله تقنعي واستتري إخبار عن الصفة التي يؤول إليها أمر المطلقة ، فكان من كنايات الطلاق ، كما أن قوله فارقتك وسرحتك إخبار عن الصفة التي يؤول إليها أمر المطلقة ، فكان من كنايات الطلاق .

(٤) انظر : المبسوط (٧٢/٦،٧٣)

(٥) انظر : الأم للشافعي (٢٧٦/٥) ، النكت ورقة ٢١٧ ، المغني (٣١٩/٨) المبدع (٢٦٩/٧) الكافي (٧٩٢/٢) ، كشاف القناع (٢٤٥/٥) .

(٦) سورة البقرة : الآية ٢٢٩ .

(٧) في (ع) : [قال] .

(٨) سورة البقرة : الآية ٢٢٩ الحديث أخرجه الدار قطنى في سننه كتاب الطلاق والخلع والإيلاء وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى باب ما جاء في موضع الطلقة الثالثة من كتاب الله ﷻ (٣٤٠/٧) ورواه سعيد بن منصور في سننه باب ما جاء في الخلع مرسلا عن أبي رزينه (٣٤٠/٣،٣٤١) . وأورده ابن حجر في المطالب العالية باب عدد الطلاق (٧٦/٢) .

(٩) ساقطة (م) ، (ن) ، (ع) .

(١٠) انظر : الأم (٢٧٦/٥) مختصر المزنى (٢٩٦/٨) .

(١١) سورة الأحزاب : الآية ٢٨ .

وَأُسَرِّحْكُنَّ ﴾] (١) . لم يحتج إلى النية ، لأن ذكر المتعة يصير دلالة حال ، فيغنى (٢) عن النية .

٢٣٣٨٩ - فإن قيل : لمَّا ذكر اللّٰه تعالى : الفرقة بلفظ (٣) الطلاق ، (٤) والفراق بلفظ التصريح والمفارقة بقوله ﴿ أَوْ تَسْرِيحٌۢ بِإِحْسَٰنٍ ﴾ (٥) وقوله ﴿ وَأُسَرِّحْكُنَّ ﴾ (٦) وقوله : ﴿ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ﴾ (٧) . دل إلى أن الجميع (٨) صريح (٩) .

٢٣٣٩٠ - قلنا : ليس المراد بهذا إيقاع الفرقة بهذه الألفاظ ، وإنما هو (١٠) ذكر المفارقة والتسريح ، وإن وقع ذلك بلفظ (١١) الطلاق ، كما يقول الرجل : فارق امرأتك (١٢) . ليس معناه قل لها : فارقتك بل طلقها ، يبين ذلك : أنه قال ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ ﴾ (١٣) ثم قال ﴿ فَإِمْسَاكٌۢ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌۢ بِإِحْسَٰنٍ ﴾ (١٤) ثم قال ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا﴾ (١٥) ولو كان التسريح إيقاعًا (١٦) لكان في الآية أربع تطليقات ، فعلم أن المراد بالإمساك المراجعة [والمراد بالتسريح ترك المراجعة] حتى تنقضي » العدة .

٢٣٣٩١ - قالوا : لفظ ورد به القرآن ، والمقصود (١٧) منه الفرقة بين الأزواج ، فكان صريحًا فيها . أصله : لفظ الطلاق (١٨) .

٢٣٣٩٢ - قلنا : لا نسلم [أن القرآن] (١٩) ، ورد بهذا اللفظ [في] (٢٠) إيقاع الفرقة به ، وإنما ورد بألفاظ الطلاق ، [أوترك] (٢١) المراجعة ، ولو سلمنا ذلك فالقرآن يرد بالصريح ، والحقيقة ، والمجاز (٢٢) (٢٣) ، لأنه بلغة العرب ، والتفاضل في

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) . (٢) في (م) ، (ن) : [فيعنى] .

(٣) في (م) ، (ن) : [بلفط] .

(٤) ساقطة من (ع) .

(٥) سورة البقرة : الآية ٢٢٩ .

(٦) سورة الأحزاب : الآية ٢٨ .

(٧) سورة الطلاق : الآية ٢ .

(٨) في (ن) ، (ع) : [الجمع] .

(٩) أي أن ورود هذه الألفاظ الثلاثة على وجه الأمر في القران دليل على أن الألفاظ الثلاثة صريح عند المخالف . الأم (٢٧٦/٥) المجموع (٩٨/١٧) .

(١٠) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(١١) في (ن) : [بلفظ] .

(١٢) في (ع) : [وامرأتك] .

(١٣) سورة البقرة : الآية ٢٢٩ .

(١٤) سورة البقرة : الآية ٢٢٩ .

(١٥) سورة البقرة : ٢٣٠ .

(١٦) في (م) : [تنقصي] .

(١٧) في (ن) ، (ع) : [والمقصود] .

(١٨) انظر : النكت للشيرازى ورقة ٢١٧ ، المغني (٢٦٤/٨) ، الشرح الكبير (٢٧٤/٨) المبدع (٢٦٩/٧) .

(١٩) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع)

(٢٠) في (ن) ، (ع) : [من] .

(٢١) في (ن) ، (ع) : [أو ترجع] .

(٢٢) ساقطة من (ن) ، (ع)

(٢٣) المجاز في اللغة : من جزت الطريق ، وجاز الموضع جوازًا وجاز به وجاوزه : صار فيه وسلكه ، وجاوزت الموضع جوازا بمعنى جزته . لسان العرب باب الجيم وفي الاصطلاح : اسم لما أريد به غير ما وضع له لمناسبة =

الفصاحة [١] إنما يكون بالعدول عن الحقائق ، فلم يستدل [٢] بورود القران على أنه صريح ، أو كناية .

٢٣٣٩٣ – والمعنى في الطلاق أنه يختص بالزوجات في الاستعمال ، وليس كذلك السراح ، والفراق لأنه يستعمل فيهن [٣] وفي غيرهن على وجه واحد .

٢٣٣٩٤ – قالوا : إزالة ملك بنى [٤] على [٥] التغليب ، فوجب أن لا يقف صريحه على لفظة واحدة ، كالعتق [٦] .

٢٣٣٩٥ – قلنا : هذا تحجر على أهل اللغة وإلزامهم [٧] أن يسوى بين مشكلات المعانى [٨] في الاتساع ، والوضع [٩] . وإذا وضعوا لبعضها / أسماء وضعوا للباقي مثلها ، ونحن نعلم أن الخمر [١٠] كثرت أسمائها ، ولم يضعوا للخل [١١] إلا اسما واحدا ، ولم يجز أن يحجر عليهم .

١/ب

٢٣٣٩٦ – فإن قيل : لسنا نتكلم [١٢] في اللغة لكن في الحكم ، وهو افتقار هذا اللفظ على النقل ، ووقوفه على غير النية

٢٣٣٩٧ – قلنا : اعتبار النية ، وسقوطها حكم من الأحكام ، إلا أنكم جعلتموها تابع للتسمية ، والتسمية لا يجوز القياس فيها . ولأن العتق : إزالة ملك عن الرق ، والأسباب التي يملك [١٣] بها الرق كثيرة ، فجاز أن يكون إزالته [١٤] لا تخصيص بصريح واحد ، وأما الطلاق : فهو إزالة ملك عن الاستباحة وذلك لا يملك إلا بسبب واحد ، وهو النكاح ، فجاز أن يختص إزالة الملك فيه بصريح واحد .

= بينهما . التعريفات – ٢٥٥

(١) في اللغة مأخوذه من الفصيح ، وهو : اللبن الذي أخذت عنه الرغوة . الصحاح باب الحاء (١/١٨٨) ، وفي الاصطلاح : خلوصه من ضعف التأليف وتنافر الكلمات والتعقيد مع فصاحتها . التعريفات ٢١٤

(٢) في (ن) ، (ع) : [يستدرك] .

(٣) في (م) ، (ن) : [غيرهم] .

(٤) في (ن) (ع) : [البنى] .

(٥) ساقطة من (م)

(٦) انظر : النكت ورقة ٢١٧

(٧) ساقط من (م)

(٨) في (ن) ، (ع) : [الشاكلات] .

(٩) في (ن) ، (ع) : [والموضع] . الوضع هو : عبارة عن تخصيص الشيء بالشيء بحيث إذا أطلق الأول فهم منه الثاني . المزهر في علوم اللغة ج (١/٣٨) للإمام السيوطي .

(١٠) في (م) : [الحمر] . خَمَر خَمْرة ، وخمر وخمور قال ابن الأعرابي سميت الخمر خمرًا لأنها تركت فاختمرت ، واختمارها : تغير ريحها . وقيل سميت بذلك لمخامرتها العقل . مختار الصحاح ٢٠٨ .

(١١) في (م) : [الحل] وهو تصحيح الخل معروف قال ابن سيده : الخل ما حمض من عصير العنب وغيره . لسان العرب باب الخاء (١/١٢٤٨) .

(١٢) في (ن) : [يتكلم] .

(١٣) في (ن) ، (ع) : [يتملك] .

(١٤) في (م) : [أزالته] .

٢٣٣٩٨ – قالوا : هذه اللفظة لا تفتقر إلى النية حال الغضب [(١)] فلم تفتقر إلى النية في حال الرضى ، كقوله : أنت طالق [(٢)]

٢٣٣٩٩ – قلنا : الوصف غير مسلم ، لأنها تفتقر في حال الغضب [إلى النية ليقع الطلاق فيما بينه وبين الله تعالى . وفي حال الرضى يفتقر إلى النية ودلالة غير النية والغضب] [(٣)] دلالة فلا يفتقر مع وجودها إلى النية ، كما لو وجد في حال الرضي مع مذاكرة [(٤)] الطلاق ، أو بدل العوض ، لم يحتج عندنا مع ذلك إلى النية [(٥)]

٢٣٤٠٠ – قالوا : الكناية لا تختص بلفظ واحد ، كذلك الصريح [(٦)] .

٢٣٤٠١ – قلنا : الكناية : عدول عن الوضع ، وتوسع فلا تختص . والصريح هو : اللفظ المستعمل في موضوعه [(٧)] وذلك متخصص فلا يعتبر أحدهما بالآخر ، ولهذا عندهم الصريح ثلاث ألفاظ [(٨)] والكناية لا يحصرها عدد

٢٣٤٠٢ – [قالوا : النكاح لا يقف صريحا على لفظ واحد . كذلك الطلاق .

٢٣٤٠٣ – [قلنا : يفتقر الحجر] على أهل اللغة . وقد قال الشافعي إن الصلح يختص بلفظ واحد ، وفسخه ورفضه لا يقف على لفظ واحد [(٩)] .

٢٣٤٠٤ – قالوا : اعتبار الاستعمال في الصريح لا يصح ، لأن الواجب اعتبار استعمال القرآن .

٢٣٤٠٥ – قلنا : قد ثبت أن الصريح ما ثبت في الاستعمال ، ولم يثبت أن القرآن اختص حتى يعتبر استعماله . على أنا قلنا : إن هذا اللفظ لا يستعمل في القرآن . « والطلاق » إنما يستعمل في المفارقة بترك المراجعة ، أو بانضمام قرينه إليه [وهي تقع للمتعة] [(١٠)]

* * *

---

(١) في (م) : [الغضب] .
(٢) انظر : المهذب مع المجموع (٣٣٩/١٨)
(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) ومستدرك في الهامش .
(٤) في الأصل : [مذكراة] .
(٥) انظر : تحفة الفقهاء (٢٦٩/٢-٢٧١) ، الهداية (٢٤٢/١) ، بدائع الصنائع (١٤٤/٣، ١٠٦)
(٦) انظر : الحاوي الكبير ورقة ١٤٧ ميكروفيلم ١٣٨
(٧) انظر : إرشاد الفحول للشوكاني ص ١٧٨ ط عيسى الحلبي
(٨) انظر : لسان العرب (١٤٥٦/٣)
(٩) انظر : الحاوي الكبير ورقة ١٤٧ .
(١٠) في (ن) ، (ع) : [ومتى تقع المتعة] .

مسألة ١١٣١

اعتبار دلالة الحال في وقوع الطلاق بالكنايات

٢٣٤٠٦ – [قال أصحابنا] : [١] ألفاظ الكنايات إذا انضمت [٢] إليها دلالة الحال في ذكر الطلاق ، أو الغضب [٣] وفي الألفاظ التي لا تصلح للسبب [٤] لم تفتقر إلى النية . [٥] .

٢٣٤٠٧ – وقال الشافعي : دلالة الحال لا تؤثر [٦] ولا يقع الطلاق بها إلا بالنية [٧]

٢٣٤٠٨ – لنا : أن دلالة الحال تؤثر في حكم الكلام بدلالة أن اللفظة الواحدة تحمل [٨] علي المدح تارة وعلي الذم أخري ، لما يقارنها من دلالة الحال ، ألا ترى : أنك تقول للمستحق المدح : يا فاضل ، فتمدحه بذلك ، فإن كانت الحال للذم قلت : يا فاضل . وأنت [٩] تريد وصفه بضد ذلك ، والصفه واحدة ، وقد استعملت في الشيء ، ونقيضه [١٠] لانضمام دلالة الحال إليه [١١] .

٢٣٤٠٩ – ولأن الكلام إذا خرج جوابا لسؤال فالظاهر أنه محمول على مقتضى

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ وأثبتناه تماشيًا مع سياق المصنف .

(٢) في (م) : [انصمت] . (٣) في (م) ، (ن) : [الغصب] .

(٤) هكذا في جميع النسخ وصحة اللفظ (للسب) قال في الكتاب : وإن لم يكونا في مذاكرة الطلاق وكانا في غضب أو خصومة وقع الطلاق بكل لفظ لا يقصد به السب والشتيمة ، ولم يقع بما يقصد به السب والشتيمة إلا أن ينويه . انظر : اللباب في شرح الكتاب (٤٣/٣) .

(٥) والحل في ذلك أن الأحوال ثلاثة : حالة مطلقة عن قيدي الغضب والمذاكرة ، وحالة مذاكرة الطلاق ، أو الغضب . والكنايات ثلاثة أقسام : ما يصلح جوابا وردا ، وما يصلح جوابا لا ردا ، وما يصلح جوابا وسبا وشتيمة انظر : هذه المسألة في الجامع الصغير وشرحه (٢٠٥،٢٠٦) مختصر الطحاوي ١٩٥ ، الهداية (٢٤١/١،٢٤٢) ، البحر الرائق (٣٢٦/٣) تبيين الحقائق (٢١٧/٢) ، بدائع الصنائع (١٠٦/٣،١٠٧) المبسوط (٨٠/٦،٨١) الإنصاف (٤٨/٨) ، الفروع (٣٨٧/٥،٣٨٨) ، الكافي (٧٩٥/٢) .

(٦) في (ن) دلالة الحال من ذكر الطلاق أو الغضب في الألفاظ التي يصلح للسب لم تفتقر إلى يؤثر . .

(٧) انظر : بداية المجتهد (٦٤/٢،٦٥) ، أسهل الدارك (١٤٥/٢) .

(٨) في (ن) : [تحتمل] . (٩) في (ع) : [فأنت] .

(١٠) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(١١) انظر : شرح منتهى الإرادات (١٣١/٣) المبدع (٢٧٨/٧) .

السؤال ، بدلالة قوله تعالى : ﴿ فَهَلْ وَجَدتُّم مَّا رَبُّكُمْ حَقًّا قَالُوا نَعَمْ ﴾ (١) .

٢٣٤١٠ - وتقديره وجدنا ما وعدنا ربنا حقا . فإذا قالت له : طلقني فقال : أنت بائن [فالظاهر أنه أجابها إلى ما سألت ، وقال لها : أنت بائن] (٢) بالطلاق (٣) .

٢٣٤١١ - فإن قيل : هذا يبطل إذا قالت له : طلقني ، فقال : لا سبيل لي عليك . أو قال لها : اخرجي أو اذهبي ، أنه لا يحمل على الطلاق إلا بنية ولا يجعل جوابا (٤) .

٢٣٤١٢ - قلنا : قوله : لا سبيل لي عليك : يحتمل لا سبيل لي (٥) بالطلاق ، وقوله : اذهبي ، واخرجي يحتمل الإبعاد ، وقد يقصد الزوج إبعادها إذا طلبت الطلاق ، فلذلك لم نحمله على الطلاق وقوله : أنت بائن في جواب مسألة الطلاق ، ولا يحتمل إلا البينونة بما سألت ، فنكمله على ذلك (٦) ، ولأن الكلام ظاهر لمعنى يعود إلى صيغته ، ولفظه (٧) ، والمعنى يعود إلى دلالة الحال ، فإذا جاز أن يقع الطلاق بوجود أحد الظاهرين (٨) من غير نية ، جاز أن يقع لأجل الظاهر (٩) الآخر .

٢٣٤١٣ - ولأن دلالة الحال تؤثر في حكم الأفعال ، ويستباح بها الدماء ألا ترى : أن من قصد رجلا بالسيف والحال يدل على اللعب ، والمزح ، لم يجز له قتله ، [فإن دلت الحال على الجد جاز له قتله] (١٠) ، ولو هجم رجل على دار غيره ، وظاهره الصلاح لم » يجز له أن يقتله . ولو كان داعرا (١١) جاز له . أن يقتله (١٢) ، فيدفعه عن حريمه فإذا أثرت (١٣) دلاله الحال في الأفعال وأباحت القتل ، فلأن تؤثر في ألفاظ الطلاق أولى (١٤) .

---

(١) سورة الأعراف : الآية ٤٤ .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٣) انظر : الشرح الكبير (٢٩٣/٨، ٢٩٤) المبسوط (٨٠/٦) ، شرح الزركشي (٣٩٩/٥) ، كشاف القناع (٢٥١/٥) ، الكافي (٧٩٥/٢) .

(٤) هذا اعتراض للمخالف أورده الشيرازي في النكت على استدلال المصنف . انظر : النكت ورقة ٢١٨

(٥) ساقطة من (م) .

(٦) انظر : فتح القدير (٦٦/٤) ، بدائع الصنائع (١٠٧/٣) .

(٧) في (ن) : [ولفظه] .

(٨) في (م) : [الظاهرين] .

(٩) في (م) : [الظاهر] .

(١٠) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ومستدرك في الهامش

(١١) دعر الرجل ودعر دعارة فجرو مجرو فيه دعارة ودعرة ، ودعارة ، ورجل دُعر ، ودُعرة خائن يعيب أصحابه . انظر : لسان العرب مادة (دعر) (١٣٧٩/٢) .

(١٢) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(١٣) في (ن) : [أبرأت] .

(١٤) انظر : الشرح الكبير (٢٩٣/٨، ٢٩٤) ، الكافي (٧٩٥/٢) ، المبدع (٢٧٨/٧) كشاف القناع (٢٥١/٥) شرح منتهى الإرادات (١٣١/٣) .

٢٣٤١٤ - احتجوا : بما روى : أن ركانة بن عبد يزيد [١] طلق امرأته البتة [٢] فجاء إلى النبي ﷺ فقال له طلقت امرأتي البتة - فقال : ما أردت بها ، فقال : والله ما أردت إلا واحدة فردها عليه [٣] .

٢٣٤١٥ - قالوا : فرجع إلى نيته ولم يسأله عن دلالة الحال [٤] .

٢٣٤١٦ - قلنا : إنما [٥] [لم يعتبر نيته ، لأنه] [٦] قال : [إنى طلقت] [٧] ، وإنما اعتبر نيته في [٨] العدد ، ومن نوى الطلاق ، لم تعتبر دلاله الحال [مع نيته] [٩] ، فلم يكن في الخبر دلالة .

٢٣٤١٧ - قالوا كناية لم تقترن [١٠] بها نية الطلاق ، فلم تكون طلاقا ، كما لو عرت عن دلاله الحال [١١] .

٢٣٤١٨ - [قلنا : إذا تعرت [١٢] عن النية ، والدلالة ، واللفظ يحتمل ، لم يجز حمله على أحد] [١٣] محتمليه بغير دلالة ، فإذا قارن [١٤] اللفظ دلالة الحال كان الظاهر من جهتي [١٥] الاحتمال ما دل الحال عليه ، فصار ذلك لمقارنه النية .

---

(١) ركانة بن عبد يزيد بن هاشم بن كلاب القرشي ، روى عن النبي ﷺ وروى عنه نافع بن عجير وابن ابنه على ابن يزيد ، أسلم عام الفتح ، وكان من أشد الناس ، وهو الذي طلب من رسول الله أن يصارعه قبل إسلامه ففعل ، انظر : في الاستيعاب (٥٠٨،٥٠٧/١) ، أسد الغابة (٢٣٦/٢) ، الإصابة (٤٩٧/٢-٤٩٨) .

(٢) البتة : القطع ، تقول بته يبته ويبته بضم الباء وكسرها هو الطلاق الذي لا رجعة فيه انظر : مختار الصحاح باب الباء

(٣) ساقطة من (ن) ، (ع) . الحديث أخرجه أبو داود في سننه ، باب في البتة (٤٨٠/٢) الترمذي في سننه باب ما جاء فيه الرجل يطلق امرأته (٤٨٠/٣) ، ابن ماجه في سننه - باب طلاق البتة (٦٦١/١) وأحمد في مسنده (١٢٣/٣) ، والدارقطني في سننه كتاب الخلع والإيلاء والطلاق (٣٣/٤) والبيهقي في السنن الكبرى ، باب من جعل الثلاث واحدة وما ورد من خلاف ذلك يمحوه (٣٣٩/٧) والحاكم في المستدرك كتاب الطلاق (١٩٩/٢،٢٠٠)

(٤) انظر : الحاوي الكبير ورقه ١٦٧ .

(٥) في (م) : [وكأنه] .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(٨) ساقطة من (م) .

(٩) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(١٠) في (ن) : [تعثر] .

(١١) المبدع (٢٨٧/٧) ، الشرح الكبير (٢٩٢/٨) ، الكافي (٧٩٥/٢) .

(١٢) في (ن) : [تعرب] .

(١٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(١٤) في (ن) : [قارب] . وفي (ع) : [قارن] .

(١٥) في (م) : [جهة] .

٢٣٤١٩ - فإن قيل : هذا يبطل بمن قالت امرأته : قد تزوجت عليّ . فقال : كل امرأة لي طالق فإن المخاطبة تطلق مع نسائه ، ودلالة الحال لاتقتضى ذلك ، لأن ظاهر الفعل أنه يرضيها بطلاق نسائه ، فكان يجب أن لا تدخل في الطلاق ، ثم طلقت باتفاقنا [1] فدل على بطلان اعتبار دلالة الحال .

٢٣٤٢٠ - قلنا : [هذا غلط ، لأنا أجمعنا أن اللفظ المحتمل للطلاق وغيره يحمل على الطلاق ، بدلالة تصرفه عن أحد محمليه إلى الآخر [2] ، واتفقنا على أن النية دلالة [3] ودللنا على أن دلالة الحال] [4] تؤثر [5] فيجب أن يتشاغل [6] بإبطال دلالة الحال [7] ، فتبين أنها لا تؤثر في تعيين أحد الاحتمالين ، وإنما [8] فيها نقول لمخالفنا : إنك لم تعتبر دلالة الحال في مسألة بعينها ، أو مسائل ، فليس باعتراض ، لأن دلالة الحال إن صح اعتبارها فقد غلط مخالفه في تركها في مسألة الإلزام ، وليس ذلك بعذر له [9] في أن يقتدى به في الخطأ ، وإن لم يصح فيجب أن يبين الوجه الذي يطلب على أن قوله : كل امرأة لي طالق عموم ، وظاهر العموم الاستغراق [10] [فلا ينزل ظاهر اللفظ بدلالة الحال .

٢٣٤٢١ - وفي مسألتنا ليس للفظ ظاهر ، بل احتماله للجهتين على وجه واحد ، فيجوز أن يقوي أحد جهتى الاحتمال بدلالة الحال .

٢٣٤٢٢ - فإن قيل : قد قلتم فيمن قال لامرأته ، وقد عزمت على الخروج : إن خرجت فأنت طالق . أن يمينه على ذلك الخروج الذي تأهبت له ، فإن خرجت في وقت آخر لم يحنث .

٢٣٤٢٣ - وقلتم : إذا قال لرجل : تغدى عندى . قال : إن تغديت عندك فامرأتي طالق ، يمينه على الغداء عنده .

٢٣٤٢٤ - قلنا : لأنه لا عموم لهذا اللفظ ، ألا ترى أن قوله : إن خرجت يقتضي

---

(١) انظر : المبسوط (١٢٤/٦) ، النكت ورقة ٢١٧

(٢) انظر : الاختيار (٨٥/٣) ، النكت ورقة ٢١٧ .

(٣) انظر : الاختيار (٨٥/٣) المهذب مع المجموع (٢٤٤/١٨) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) ومن صلب ص ومستدرك في الهامش .

(٥) (١٠) راجع ص

(٦) في (م) : [يتشاغل] .

(٧) ساقطة من (ن) ، (ع)

(٨) في (ن) ، (ع) : [قلنا] .

(٩) في (م) : [وليس ذلك بعد ذلك له] .

(١٠) الاستغراق هو : الشمول لجميع الأفراد بحيث لا يخرج عنه شيء . التعريفات ٤٦ .

خروجا واحدًا يقع به الحنث وقوله : إن تغديت يقتضي غداء واحدًا يقع به الحنث فيخصص (١) ذلك الواحد المنكر بدلالة الحال (٢) .

٢٣٤٢٥ - قال مخالفنا : قد أجمعنا على أن اللفظ الخارج على سبب يعتبر عموم اللفظ ولا يختص بالسب .

٢٣٤٢٦ - قلنا : لأن المراد باللفظ البيان . فإذا دلت الدلالة على اللفظ بالعموم صار هذا اللفظ للاستغراق ، ويصرف اللفظ عن ظاهره بدلالة الحال .

٢٣٤٢٧ - قالوا : كناية عريت (٣) عن نية ، فصار كقوله : اعتدى ، واستبرئي رحمك (٤) .

٢٣٤٢٨ - قلنا : هذا الأصل غير مسلم (٥) . لأنه إذا قال : اعتدى ، لم يصدق في حال الغضب (٦) ولا عند ذكر الطلاق ، وكذلك إذا قال لها : استبرئي رحمك (٧) .

٢٣٤٢٩ - قالوا : مالا يكون طلاقا حال الرضى لا يكون طلاقًا حال « الغضب » ، وذكر الطلاق ، كقوله : أنت واحدة (٨) .

٢٣٤٣٠ - قلنا : لا نسلم الأصل لأنه (٩) إذا قال : أنت واحدة . في حال ذكر الطلاق كانت طالقا ، لأنه يعتبر كقوله : أنت طالق واحدة .

٢٣٤٣١ - قالوا : كناية لا يقع بها طلاق ، بذكرها في حال الغضب (١٠) ، وذكر الطلاق كقوله : الحقي بأهلك (١١) .

٢٣٤٣٢ - قلنا : قوله الحقي بأهلك (١٢) يحتمل الطلاق (١٣) ، والإبعاد ، والإنسان يبعد المرأة إذا غضب (١٤) وإذا طالبته بالطلاق ، فلم يجز حمله على الطلاق ، وليس

---

(١) في (م) : [فيحصص] .
(٢) ساقطة من (م) انظر : الكافي شرح الواقي ٢ورقة ٢٢ لحافظ الدين النسفي مخطوط بمكتبة الأزهر تحت رقم ٢٠٥٤ رافعي ٢٦٨٩٣ فقه حنفي .
(٣) في (ن) ، (ع) : [غير] .
(٤) ساقطة من (ع) .
(٥) انظر : المجموع (١٠٤/١٧)
(٦) في (ن) : [العضب] .
(٧) انظر : المبسوط (٨٠/٦) بدائع الصنائع (١٠٦/٣)
(٨) انظر : النكت ورقه ٢١٧ ، الشرح الكبير (٢٩٢/٨) المغني (٢٦٨/٨)
(٩) في (ن) ، (ع) : [لأنه]
(١٠) في (ن) : [الغضب] .
(١١) انظر : الحاوي للماوردي ورقة ١٦٧ .
(١٢) ساقطة من (ن) ، (ع)
(١٣) في (ن) ، (ع) : [طلاق] .
(١٤) في (ن) : [غضب] .

كذلك اختاري وأمرك بيدك ، لأنه لا يصلح للسب [١] ولا للإبعاد فلا نحمله [٢] في حال الغضب وذِكْرِ الطلاق إلا على الطلاق . [٣]

٢٣٤٣٣ - قالوا : قال الشافعي : الكلام إذا خرج على سبب تعلق الحكم به ، وعمل بمقتضاه ، ولم يراعِ حكم السبب بدلالة من قال : أنت الفاضلة [٤] التي يعين من يطلقك . ثم قال لها : أنتِ طالق [٥] .

٢٣٤٣٤ - قلنا : هنا ذكرالصريح الذي [٦] لا احتمال فيه ، فدلالة الحال لا تعمل فيه كما لا تعمل فيه النية ، وليس [٧] كذلك [٨] ألفاظ / الكنايات ، لأنها محتمله [٩] فجاز أن تعمل فيها [١٠] الدلالة ، كما تعمل فيها النية . ٢٦٣/

* * *

(١) في (م) : [السبب] وفي (ن) : [للسبب] .
(٢) في (ع) : [بحمله] .
(٣) انظر : البحر الرائق (٣/٣٢٦،٣٢٧) ، الاختيار (٣ /٨٦،٨٧) .
(٤) في (ن) : [الفاصلة] .
(٥) انظر : الحاوي للماوردي ورقة ١٦٧ .
(٦) في (م) : [التي] .
(٧) ساقطة من (م) .
(٨) في (م) : [لذلك] .
(٩) في (ن) : [تحمله] ، وفي (ع) : [تحتمله] .
(١٠) في (م) : [بعد] .

مسألة ١١٣٢

ما يقع بكنايات الطلاق

٢٣٤٣٥ - قال أصحابنا : كنايات الطلاق إذا نوى بها الطلاق كانت بوائن ، إلا قوله : اعتدى ، واستبرئي رحمك ، وأنت واحدة [(١)]

٢٣٤٣٦ - وقال الشافعي : الكنايات كلها طلاق رجعي ، إلا أن يريد بها ثلاثا [(٢)] .

٢٣٤٣٧ - لنا : أن البينونة تفيد القطع [(٣)] . ومنه قوله ﷺ : « ما أبين من حي ، فهو ميت » [(٤)] فإذا اقتضى اللفظ القطع ووقع به وجب أن يقع مقتضاه ، كقوله : أنت طالق ثلاثا [(٥)] .

٢٣٤٣٨ - فإن قيل : قوله : أنت طالق يفيد طلاقها عن حبسه [(٦)] ، وذلك لا يكون إلا بالبينونة ، ثم يقع به الطلاق الرجعي . وقوله : اعتدى يفيد وجوب العدة ، ويقع

---

(١) انظر : هذه المسألة في الجامع الصغير ٢٠٦ مختصر الطحاوي ١٩٥ المبسوط (٧٣/٦) رءوس المسائل ٤١٠ ، بدائع الصنائع (١١٢/٣) ، البحر الرائق (٣٢٢/٣، ٣٢٣) وبه قال الإمام مالك في الكنايات الظاهرة ويقع بها بائنا بالثلاث على المشهور في المذهب المالكي وأما الخفية فله ما نواه ، انظر : قوانين الأحكام (٢٥٣، ٢٥٤) ، أسهل المدارك (١٤٢/٢، ١٤٣) وبه قال الإمام أحمد في الكنايات الظاهرة ، ويقع بها بائنا بالثلاث في ظاهر المذهب. انظر : الشرح الكبير (٢٩٦/٨) . المبدع (١٧٨/٧) ، وأما الخفية فله ما نواه . المغني (٢٧٦/٨) .

(٢) انظر : الأم (٢٧٧/٥ ، ٢٧٨) ، النكت ورقة ٢١٨ .

(٣) انظر : المغرب ص ٥٧ .

(٤) الحديث أخرجه أبو داود في سننه باب صيد قطع منه قطعة (٢٧٧/٣) ، والترمذي في سننه باب ما قطع من الحي فهو ميت بلفظه (٦٢/٤) ، والدارمى في سننه باب في الصيد يبين منه العضو بنحوه (١٢٨/٢) وأحمد في مسنده (٢١٨/٥) وابن ماجه في سننه ، باب ما قطع من البهيمة وهي حية (١٠٧٢/٢) والدارقطني في سننه باب الصيد والذبائح ، والأطعمة وغير ذلك (٢٩٢/٤) وأورده الهيثمي في كشف الأستار عن زوائد البزار (٦٧/٢) .

(٥) قال في بدائع الصنائع : لفظ الطلاق الثلاث إذا كان مقرونًا بعدد الثلاث نصًا بأن قال لها أنت طالق ثلاثا كان الواقع به بائنا ، لقوله تعالى : ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۗ ﴾ (البقرة : ٢٣٠) سواء كان قبل الدخول أو بعده . بدائع الصنائع (١٠٩/٣) . وبهذا تبين أن لفظ الطلاق إذا قرن بالثلاث وقع بائنا بالثلاث ، لأن ذلك مقتضاه ، كما أن الواقع بكنايات الطلاق يكون بائنا ، لأن ذلك مقتضاه .

(٦) في (ن) : [جنسه] .

الطلاق به قبل الدخول ، وإن لم يكن هناك عدة [(١)]

٢٣٤٣٩ - قلنا : قوله : أنت طالق مقتضاه في الشرع ، منقول عن مقتضى اللغة باتفاق [(٢)] . ومقتضى قوله : أنت بائن غير منقول ، أن الشرع لم يؤثر في إباحته ، فينقله عن مقتضاه . وأما قوله : اعتدى فهو مدلول الطلاق ، فمعناه اعتدى ، لأني طلقتك [(٣)] ، فقدم المدة التي ذكرها لا يمنع وقوع الطلاق .

٢٣٤٤٠ - ولأنها إحدى [(٤)] نوعي البينونة ، فجاز أن يقع [(٥)] بمقتضي قوله : أنت بائن في المدخول بها ، كالثلاث [(٦)] ، ولأن البينونة من غير عدد في ملك الزوج بدلالة أنه يأخذ العوض عنها ، وما كان في ملكه يجوز أن يقع بمجرد قوله كالثلاثة .

٢٣٤٤١ - ولأن هذا اللفظ إيقاع الطلاق بلفظ الكنايات [(٧)] دلالة على أن مقتضاه البينونة ، ولا يلزم أنت واحدة واعتدى ، أنه لا يكره إيقاع الطلاق به عندنا [(٨)] .

٢٣٤٤٢ - ولأنه طلاق يوجب تحريم الوطء ، فيوجب البينونة كالثلاث [(٩)] ولأنه طلاق لو حصل بعد الخلوة [لم تثبت] [(١٠)] ، كالطلاق بعوض ، والطلاق الثلاث [(١١)] ،

---

(١) هذا اعتراض للمخالف أورده الشيرازى في النكت بأن القياس على لفظ الثلاث يبطل بقوله أنت طالق فإنه يقتضى البينونة والتخلية من النكاح ولهذا تبين به قبل الدخول إذا انقضت ، ثم لا يقع على ذلك الوجه . وقوله اعتدى لا يوجب ما في لفظ يقع به الطلاق . انظر النكت ٢١٨ .

(٢) انظر : البحر الرائق (٢٥٢/٣) ، المجموع (٢٠١/١٨ ، ٢٠٢) .

(٣) انظر : المبسوط (٧٥/٦) ، الاختيار (٨٥/٣) .

(٤) في (ن) ، (ع) : [أحد] .

(٥) ساقطة من (م) .

(٦) انظر : الاختيار (٨٥/٣)

(٧) ذكر في زيادات الزيادات أن التطليقة البائنة تقع بصفة السُّنَّة كالرجعية ، لأن ابن ركانة ﷺ طلق امرأته البتة ، ولم ينكر عليه رسول الله ﷺ إيقاع الطلاق بهذا اللفظ ، فلو كان خلاف السنة لأنكر عليه كما أنكر على ابن عمر ﷺ ، والواقع بهذا اللفظ يكون بائنا ، والدليل عليه الطلاق قبل الدخول والخلع فإنه يقع بائنا ولا يكون مكروها ، انظر : المبسوط (١٨/٦) ، بدائع الصنائع (٩٥/٣ ، ٩٦) .

(٨) أما قوله أنت واحدة ، واعتّدى فلا يكره إيقاع الطلاق به ، وإن كان كناية ، لأن الواقع به رجعى ولا كراهة في الرجعى . المبسوط (٧٥/٦) .

(٩) انظر : بدائع الصنائع (١٨٧/٣) .

(١٠) في (ن) : [لم يثبت] .

(١١) قال في بدائع الصنائع : وأما حكم الطلاق البائن من الواحدة البائنة والثنتين البائنتين هو نقصان عدد الطلاق ، وزوال الملك حتى لا يحل له وطؤها إلا بنكاح جديد ، ولا يصح ظهاره وإيلاؤه ولا يجرى اللعان بينهما ، ولا يجرى التوارث ولا تحرم حرمة غليظة حتى يجوز له نكاحها من غير أن تتزوج بزوج آخر انظر : بدائع الصنائع (١٨٧/٣) .

٢٣٤٤٣ - ولأنه إذا قال : أنت طالق بائن فقد وصف الطلاق بصفة يصح أن يوصف بها . لأن التطليقة تصير بائنة بانقضاء العدة ، وبأخذ العوض عنها ، فلم يجز أن يوقع الطلاق ، ويلغى الصفة ، كما لو قال : أنت طالق رأس الشهر ، أو إذا دخلت الدار [١] ولأن له أن « يقطع » ملكه عنها بالواحدة معجلًا بالجعل [٢] ومؤجلا بغير جعل ، فملك أن يقع ملكه معجلا من غير جعل بالمعنى الذي يقطعه به بالجعل ، كالثالث [٣] .

٢٣٤٤٤ - فإن قيل : المعنى في الثلاث ، أنها توقع البينونة ، وإن كانت بلفظ الصريح [كذلك إذا كانت بلفظ الكناية . والواحدة لو كانت بلفظ الصريح] [٤] لم يبنها ، كذلك بلفظ الكناية .

٢٣٤٤٥ - قلنا : ليس إذا لم تَبِنْ الواحدة بالصريح ، لم تبن بمعنى ينضم [٥] إليها ، بدلالة أنها تبينها إذا انضم [٦] إلى اللفظ العوض ، فإذا انضم إلى قوله : أنت طالق صفة البينونة قامت مقام ذكر العوض في : إيقاع الثلاث .

٢٣٤٤٦ - احتجوا : [٧] بقوله تعالى : ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ﴾ [٨] .

٢٣٤٤٧ - قلنا : الآية تقتضي ثبوت الرجعة في إيقاع الطلاق للمطلق ، ومتى قال : أنت طالق بائنة ، أو بتة ، فقد زال الإطلاق فاللفظ لا يتناوله .

٢٣٤٤٨ - احتجوا بحديث ركانة : أنه طلق امرأته البتة ، وجاء إلى النبي ﷺ فقال : طلقت زوجتي البتة ، والله ما أردت إلا واحدة ، فقال له رسول الله ﷺ : والله ما أردت إلا واحدة ؟ فقال : والله ما أردت إلا واحدة . فردها عليه [٩] .

٢٣٤٤٩ - الجواب : أن هذا الخبر رواه الشافعي قال : أخبرني عمى [١٠] محمد بن

---

(١) إذا علق الطلاق بشرط ووجد الفعل أو الصفة التي علق عليها الطلاق وقع الطلاق وانحلت اليمين وانتهت ، لأن الفعل أو الصفة إذا وجد أحدهما تم الشرط ولا يقع الطلاق . انظر : المبسوط (٨١/٦) ، بدائع الصنائع (١٢٦/٣، ١٣٣) ، الاختيار (٩٦/٣ ، ٩٧) .

(٢) في (ن) ، (ع) : [يقطع] .

(٣) في (م) : [والثالث] . انظر : المبسوط (٧٤/٦) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) ومستدرك في الهامش .

(٥) في (ع) : [لم يتضمن] .

(٦) في (ع) : [انضموا] .

(٧) انظر : الأم (٢٧٥/٥) ، النكت للشيرازى ورقة ٢١٨ .

(٨) سورة البقرة : الآية ٢٢٩ .

(٩) سبق تخريجه .

(١٠) في (ن) ، (ع) : [عن] .

علي بن شافع [١] عن عبد الله بن علي بن السائب [٢]، عن نافع بن عجير بن عبد يزيد [٣] أن ركانة طلق امرأته سهيمة [٤] البتة [٥]. وهذا حديث مقطوع [٦] لأن نافع بن عجير لم يدرك رسول الله ﷺ، ولا رواه عن ركانة، ومثل هذا لو احتج به علي الشافعي لم يقبله، ومن وصل هذا الخبر روى فيه عن عبد الله بن علي بن يزيد بن ركانة [٧] عن أبيه [٨]، عن جده، ولم يذكر في الخبر أنه ردها عليه، وإنما فيه لما حلف أنه لم يرد إلا واحدة قال له رسول الله ﷺ: فهو على ما أردت، والمتصل لا حجة فيه، والمنقطع لا يصح على أصله

٢٣٤٥٠ – ولأن قوله: « ردها عليه ». يحتمل بنكاح جديد، بدلالة أنه أضاف الرد إلى رسول الله ﷺ، والرد، الذي هو الرجعة، يضاف إلى الزوج. فلما [٩] أضاف ذلك إلى رسول الله ﷺ كان الظاهر أنه ردها بنكاح آخر.

---

(١) هو محمد بن علي بن شافع بن هاشم المطلبي روى عن ابن عم أبيه عبد الله ابن علي بن السائب، والزهري، وروى عنه الإمام الشافعي وسبطه إبراهيم بن محمد الشافعي والحسن بن محمد وآخرون انظر: في الثقات لابن حبان (٣٤/٥)، تهذيب التهذيب (٣٥٣/٩، ٣٥٤)، تقريب التهذيب (١٩٢/٢) الكاشف (٧١/٣).

(٢) عبد الله بن علي بن السائب بن هاشم روى عن عثمان ﷺ مرسلا وعبد الله بن الحصين وغيرهم وروى عنه سعيد ابن هلال، وعمر مولي عفرة وغيرهم. ذكره ابن حبان في الثقات انظر: في الثقات لابن حبان (٣٤/٥) الجرح والتعديل (١١٤/٥)، خلاصة تهذيب الكمال (٨٠/٢)، الكاشف (٩٩/٢)، تهذيب التهذيب (٣٢٥/٥).

(٣) نافع بن عجير بن عبد يزيد بن هاشم المطلبي روي عن أبيه وعمه ركانة وعلى بن أبي طالب وروى عنه ابنه محمد وعبد الله بن علي بن السائب، ومحمد بن إبراهيم التيمي وغيرهم، قال الذهبي: ثقة. انظر: في الثقات لابن حبان (٤٦٩/٥) التاريخ الكبير (٨٤/٤)، الجرح والتعديل (٤٥٤/٨)، تهذيب التهذيب (٤٨٠/١٠)، الكاشف (١٧٣/٣).

(٤) هي سهيمة بنت عمير المزنية، امرأة ركانة بن عبد يزيد المطلبى، طلقها زوجها البتة، فأخبر رسول الله ﷺ بذلك الحديث انظر: في الاستيعاب (١٨٦٦/٤) الإصابة (٧١٨/٧)، أسد الغابة (١٥٦/٧).

(٥) انظر: الأم للشافعي (٢٧٧/٥).

(٦) الحديث المقطوع: هو ما جاء عن التابعين موقوفا عليهم من أقوالهم. انظر: المختصر في علم الأثر ص ١٣١ لمحيي الدين محمد الكافيجى.

(٧) عبد الله بن يزيد بن ركانة بن هاشم المطلبى روى عن أبيه عن جده وروى عنه الزبير بن سعيد الهاشمي، وثقه ابن حبان. انظر: التاريخ الكبير (١٤٧/٣، ١٨) الثقات لابن حبان (١٥/٧)، تهذيب التهذيب (٣٩٥/٧)

(٨) على بن يزيد بن ركانة بن عبد يزيد المطلبى روى عن أبيه وأرسل عن جده، وروى عنه ابناه محمد وعبد الله، قال البخاري: لم يصح حديثه، وروي له أبو داود وابن ماجه. انظر: الجرح والتعديل (٢٠٨/٦)، الكاشف (٢٥٩/٢)، تهذيب التهذيب (٣٩٥/٧)، الكامل لابن عدى (٢٠٨/٥).

(٩) في (م): [علما].

٢٣٤٥١ – فإن قالوا : هذا يقتضي إضمار (١) العقد ، ومن استعمل اللفظ بغير إضمار أولى .

٢٣٤٥٢ – قلنا (٢) : وما يقولونه ينفى إضمار الرجعة لأن فعل النبي ﷺ ، ليس برجعة ، فالمعنى الذي وقع به الرد غير مذكور بالاتفاق (٣) .

٢٣٤٥٣ – قالوا : الرد صريح في الرجعة . قال اللّٰه تعالى : ﴿ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ ﴾ (٤) وهو كناية في العقد . وحمل اللفظ على الصريح أولى (٥) .

٢٣٤٥٤ – قلنا : الرد كناية فيهما جميعا ، وليس إذا ذكر اللّٰه تعالى الرد في الرجعة ما يدل أنه صريح ، لأنه تعالى (٦) يذكر الصحيح والكناية

٢٣٤٥٥ – ولأنه لم يرد الرجعة بهذا اللفظ [وإنما أراد ردها بالرجعة] (٧) كما يقال : رد فلان إلى مودتك يعنى افعل ما يقع به الرد ، وليس معناه [أنه يأتي] (٨) بلفظ الرد .

٢٣٤٥٦ – قالوا : الرد يحتاج إلى حضور الولي ، والشهود .

٢٣٤٥٧ – قلنا : النبي ﷺ كان الولي ، وقد أضيف الرد إليه ، والشهود يحتاج إلى حضورهم في الرجعة عندهم (٩) . ولم ينقل حضورهم ، ولا نقل تلفظ ركانة بالرجعة .

٢٣٤٥٨ – قالوا : روى أن المطلب بن حنطب (١٠) قال : طلقت زوجتي البتة ، فقال له عمر بن الخطاب رضي الله عنه أمسك عليك زوجك فإن الواحدة [لا تبت] (١١) .

٢٣٤٥٩ – قلنا : روى عن على وزيد أنهما قالا في البتة : طلاقًا ثلاثًا (١٢) .

٢٣٤٦٠ – وعن ابن مسعود وابن عباس أنهما قالا في مدة الإيلاء إذا انقضت وقعت

---

(١) في (م) : [ضمان] .
(٢) ساقطة من (ن) ، (ع) .
(٣) انظر : النكت ورقة ٢١٨ .
(٤) سورة البقرة : الآية ٢٢٨ .
(٥) انظر : النكت ورقة ٢١٨ .
(٦) في (ن) ، (ع) : [لأنه تعالى] .
(٧) في (ن) ، (ع) : [وإنما أرادوا بالرجعة] .
(٨) في (ع) : [أن يأتي] .
(٩) انظر : الأم (٦١/٥) ، مختصر المزني (٢٩٦/٨) .
(١٠) في (ن) : [خطت] وفي (ع) : [حطب] .
(١١) هكذا في جميع النسخ وصحة العبارة [فإن الواحدة تبت] كما في الأم (٢٧٧/٥)
(١٢) أما الرواية عن الإمام على رضي الله عنه فقد أخرجها البيهقي في السنن الكبرى باب من قال في الكنايات : إنها ثلاث (٣٥٧/٣٥٦/٦) وسعيد بن منصور في سننه باب البتة والبرية والخلية والحرام (٢٣٧/١) . وأما الرواية عن زيد بن ثابت فأخرجها البيهقي في السنن الكبرى ، باب من قال في الكنايات أنها ثلاث ٣٤٤/٧ .

واحدة بائنة [١] . وعن أبي موسى الأشعرى أنه قال فيمن قال لامرأته : ما فوق نطاقك محرم [٢] أنها بائنة [٣] . وذكر الطحاوي حديث سفيان عن عمرو بن دينار عن المطلب بن حنطب عن عمر ﷺ في البتة [٤] : واحدة [٥] فقد [٦] اختلفت الرواية عن عمر ﷺ ، واتفقت [٧] عن غيره .

٢٣٤٦١ – قالوا : طلاق مجرد [٨] عن عوض صادف عدة قبل استيفاء العدد ، فوجب أن يكون رجعيا كما لو وقع بالصريح . وربما قالوا : طلاق في غير مدخول [٩] بها [١٠] .

٢٣٤٦٢ – قلنا : العوض إنما يجعل الطلاق بائنا ، لأنها لا تعطى العوض إلا في مقابلة ملكها لنفسها ، وصريح البينونة بإزالة الملك دل على ذلك .

٢٣٤٦٣ – وقولهم : من غير عدد لا معنى له . لأن العدد يوقع البينونة العظمى [١١] ، وزوال الملك لا بدلالة انقضاء العدة ، والمعنى في الطلاق أنه أبيح إيقاع الفرقة به [١٢] فلم يفد البينونة لنفسه ، فلما [١٣] منع من إيقاع الطلاق بلفظ [١٤] الكناية دل على أنها تزيل الملك ، أو نقول : إن الطلاق مقتضاه إزالة اليد ، وذلك لا ينافى الأملاك ، فلم يزل به الملك ، والبتة [١٥] تفيد القطع ، وذلك لا يجتمع مع الملك ، فوقع في كل واحد من اللفظ من مقتضاه .

٢٣٤٦٤ – قالوا : تبطل [١٦] بقوله : أنت واحدة . فإن مقتضاه الانفراد عن النكاح ،

---

(١) أما الرواية عن ابن مسعود فأخرجها عبد الرزاق في المصنف باب انقضاء الأربعة (١٤٣/٥) والبيهقي في السنن الكبرى باب من قال عزم الطلاق انقضاء الأربعة أشهر (٣٧٩/٧) . وأما الرواية عن ابن عباس فأخرجها عبد الرازق في المصنف باب انقضاء الأربعة (٣٥٦/٦) وابن أبي شيبة في المصنف كتاب الإيلاء ما قالوا في الرجل يولى من امرأته فتمضى أربعة أشهر من قال هو طلاق (١٣٤/٥) والبيهقي في السنن الكبرى باب من قال عزم الطلاق انقضاء الأربعة أشهر (٣٧٩/٧) والدارقطني في سننه كتاب الطلاق والخلع وغير ذلك (٦٣/٤) .

(٢) في (م) : [محرر] .

(٣) أورده ابن حجر في المطالب العالية باب كنايات الطلاق (٦٢/٢) .

(٤) في (ن) : [النية] .

(٥) انظر : شرح معاني الآثار (٧٨/٣) .

(٦) في (ن) ، (ع) : [كتب فقد] .

(٧) في (م) : [انقضت] .

(٨) في (ن) ، (ع) : [تجرد]

(٩) في (ن) ، (ع) : [مدخولة] .

(١٠) انظر : النكت ورقة ٢١٨ ، الشرح الكبير (٢٩٦/٨،٢٩٧) .

(١١) في (م) : [العطمى] . وفي (ن) : [الطعمى] .

(١٢) ساقطة من (م) .

(١٣) في (م) : [قلنا] . وفي (ن) : [فلها] .

(١٤) في (م) : [بلفط] .

(١٥) في (م) : [والنية] .

(١٦) في (ع) : [يبطل] .

وهذا معنى البينونة . وزوال الملك ، وقد قلتم : إنه يقع رجعيًا [١] .

٢٣٤٦٥ – قلنا : هذه اللفظة تحتمل أنت واحدة : بمعنى مفردة عن الأزواج وتحتمل : أنت طالق واحدة ، فيوقع المتيقن من الأمرين [٢] .

٢٣٤٦٦ – قالوا : الصريح الأصل ، والكناية فرع عليه ، ولهذا لا يقع الطلاق بها إلا بقرينة ، فإذا كان الصريح يقع به الرجعي ، فالكناية [٣] أولى .

٢٣٤٦٧ – قلنا : الكناية من غير نية أضعف من الصريح ، فإذا انضمت النية إليها صارت أقوى من الصريح ، لأن البينونة في لفظها [٤] ، وليست هي لفظ الصريح ، والنية إنما يحتاج إليها لتمييز اللفظ فيحمل على الطلاق دون غيره ، وإذا تميز لم يحتج في الوقوع إلى النية . يبين [٥] ذلك : أن قوله : أنت طالق يفتقر عند مخالفينا إلى النية ليقع به الثلاث .

٢٣٤٦٨ – ثم لا يدل ذلك علي أنه إذا وقع به الثلاث كان كمطلق طلاق الذي لا يحتاج إلى النية ، ثم قولهم : الصريح هو الأصل ، والكناية فرع [٦] لا نسلمه ، لأن قوله : أنت بائن كناية عن قوله : أنت طالق بائن ، وليس بكناية عن أنت طالق ، فعلي هذا : الكناية لا تكون أقوى مما هي كناية عنه .

٢٣٤٦٩ – قالوا : لو صرح بنفي الرجعة ، فقال [٧] : أنت طالق علي أن لا رجعة [٨] لي عليك ثبتت الرجعة [٩] . فإذا لم يصرح بنفيها أولى أن تثبت .

٢٣٤٧٠ – قلنا : هذه المسألة ليست منصوصة ، وكان أبو بكر الرازى يقول : إن كان جعل [١٠] نفي الرجعة صفة للطلاق ، فهو بائن مثل مسألتنا ، وإن أراد به نفي موجب / الطلاق لم يكن بائنا . لأنه [١١] لا يصح النفي [١٢] . ٢٦٣/ب

---

(١) انظر : الحاوي الكبير ورقة ٥ .
(٢) انظر : المبسوط (٧٥/٦) ، البحر الرائق (٣٢٣/٣) ، الاختيار (٨٥/٣) .
(٣) في (ع) ، [الكناية] .
(٤) في (ن) : [لفظها] .
(٥) ساقطة من (ن) ، (ع) .
(٦) انظر : النكت ورقة ٢١٨،
(٧) هكذا في جميع النسخ وصحة العبارة (فلو قال) كما يدل غليه السياق .
(٨) في (ن) ، (ع) : [رجعية] .
(٩) في (ن) ، (ع) : [فهو بائن لأنه جعل نفي الرجعة شرطا ثبتت الرجعة] .
(١٠) ساقطة من (ن) ، (ع)
(١١) في (ن) : [لم] .
(١٢) انظر : شرح الجصاص على مختصر الطحاوي ورقة ١٩٨ بدار الكتب المصرية رقم ٤٩٨ .

٢٣٤٧١ – ومن أصحابنا من قال : إذا قال أنت طالق علي أن لا رجعة لي عليك . [فهو بائن ، لأنه جعل نفي الرجعة شرطا في الطلاق الموقع ، وإن قال : أنت طالق ولا رجعة لي عليك] (١) فهذا إنما أتى بسقوط الرجعة ولم يجعل بينها شرطا فلا يتعلق بقوله حكم (٢) .

٢٣٤٧٢ – قالوا : كل طلاق لو وقع بصريح اللفظ كان رجعيا ، فكذلك (٣) الكناية (٤) تقع (٥) مع النية كقوله : اعتدي ، واستبرئى رحمك ، وأنت واحدة (٦) .

٢٣٤٧٣ – قلنا : أصل هذه العلة قد دخل في جملة (٧) وصفها ، وأصل العلة يجب أن يكون غير وصفها ، والمعني في قوله : اعتدى ، واستبرئى رحمك (٨) : أنه ليس في لفظه (٩) [ما يختص بإزالة النكاح لأنه تكون العدة في الطلاق الرجعي والبائن ، وفي مسألتنا لفظه] (١٠) اقتضى زوال النكاح لأن البينونة لا تجتمع معه . وقوله : أنت واحدة يحتمل أن يكون صفة لصريح الطلاق ، ومقتضاه أنت طالق [واحدة فلم] (١١) يختص اللفظ بإزالة الملك ، فلذلك كان رجعيا (١٢) .

٢٣٤٧٤ – قالوا : كل من وقع طلاقه عليها لم يكن بائنا ، كالزوجة (١٣) .

٢٣٤٧٥ – قلنا البينونة إذا كانت توجد مع بقاء ملكه في التطليقات لم يمتنع أن يقع طلاقه فيزيل ملكه عما بقى ، وإنما البينونة التي تمنع التصرف هي التي لا تبقى معها ملك في الطلاق ، فلا يصح التصرف في الطلاق بعدها .

٢٣٤٧٦ – قالوا : إن اللّه تعالى حرم المطلقة ثلاثا إلا بعد أن تزوج (١٤) ، فلو قال لها : أنت طالق واحدة لا تحلين لى إلا بعد زوج بطل شرطه ، كذلك إذا قال : أنت

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٢) انظر : المبسوط (٢٢/٦) ، بدائع الصنائع (١٨٥/٣) ، البحر الرائق (٢٧٥/٣) .

(٣) في (م) : [فلذلك] .

(٤) في (م) : [بالكناية] .

(٥) في (ن) : [يقع]

(٦) في (م) : [حمله] .

(٧) انظر : النكت ورقة ٢١٨

(٨) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٩) في (ع) : [وصفه] .

(١٠) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(١١) في (ن) ، (ع) : [واحدة يحتمل أن فلم] .

(١٢) انظر : المبسوط (٧٥/٦) البحر الرائق (٣٣٢/٣ ، ٣٣٣) .

(١٣) في (م) : [والزوجية] . انظر : الحاوي للماوردي ورقه ٥ .

(١٤) في (ن) ، (ع) : [زوج] .

طالق بائن بطل شرطه [١] .

٢٣٤٧٧ - قلنا : المطلقة الواحدة ، البينونة من صفاتها ، بدلالة أنها تكون بائنة بشرط العوض [٢] وانقضاء العدة [٣] ، فإذا وصفها بصفة يجوز أن تتصف بها تعلق بوصفه حكم ، وليس كذلك التحريم إلا بعد زوج ، لأن المطلقة الواحدة لا توصف بهذه الصفة بوجه ، فإذا وصفها بما لا تتصف به لم يتعلق بوصفه حكم .

٢٣٤٧٨ - قالوا : طلاق المدخول بها يقتضي الرجعة ، كما يقتضي العتق الولاء ، ثم ثبت أنه لو أعتقه بشرط أن لا ولاء له سقط الشرط ، كذلك هنا يسقط [٤] شرط البينونة .

٢٣٤٧٩ - قلنا : لا نسلم أن الرجعة توجب الطلاق البائن ، وإنما توجب الطلاق المطلق ، وخلافنا [٥] في الطلاق الموصوف بالبينونة . ثم العتق لو حصل ببدل لم ينف الولاء عنه ، كذلك الشرط لأنه نفى ، وليس كذلك الرجعة ، لأنها تنتفي بشرط العوض ، فجاز أن تنتفي بوصف الطلاق بصفة البينونة ، لأن صريح الصفة أدل [٦] من شرط العوض .

٢٣٤٨٠ - قالوا : كل تحريم تعلق بالثلاث لم يتعلق بالواحدة ، كتحريم نكاحها إلا بعد زوج [٧] .

٢٣٤٨١ - قلنا : يبطل بتحريم الوطء على أصلهم ، فإنه يتعلق بالواحدة وبالثلاث جميعًا [٨] ، والمعنى في تحريم العقد أنه لا يثبت مع شرط البينونة وتحريم الرجعة بخلاف ذلك .

* * *

---

(١) انظر : الحاوي ورقة ٥ .

(٢) انظر : بدائع الصنائع (١٤٥/٣) .

(٣) انظر : البحر الرائق (٢٥٧/٣) .

(٤) في (ن) ، (ع) : [سقط] .

(٥) في (ن) ، (ع) : [وخلافا] .

(٦) في (ع) : [أولى] .

(٧) انظر : مختصر المزني (٢٩٦/٨) .

(٨) انظر : النكت ورقة ٢٢٣ .

مسألة ١١٣٣

إذا قال أنت بائن ونوى تطليقتين

٢٣٤٨٢ - قال أصحابنا [إلا زفر] [١] : إذا قال [٢] : أنت بائن ، ونوى تطليقتين ، كانت تطليقة واحدة [٣] .

٢٣٤٨٣ - وقال الشافعي : يكون كما نوى . [٤] .

٢٣٤٨٤ - لنا : أن بائن وصف لها بالبينونة ، والوصف لا يتضمن العدد كقوله : أنت قائمة ، أو آكلة . فإذا نوى واحدة فقد نوى أدنى البينونتين ، فإذا نوى الثلاث ، فقد نوى أعلى البينونتين ، فيقع ذلك ، فإذا نوى اثنتين ، فلم ينو البينونة الكبرى ، فلم يبق إلا البينونة الصغرى وهي لا تستتبع أكثر من طلقة ، فوقع ذلك دون مالا تفتقر البينونة الصغرى إليه ، فصار كمن قال : لله علي صلاة ينوي الصوم [٥] لم يلزمه ، لأن الصلاة [لا تتضمن] [٦] الصوم ، ولا هو من توابعها [٧] .

٢٣٤٨٥ - فإن قيل : الموقع لم ينو البينونة ، [وإنما نوى عددا واعتداده ، فوقوع البينونة لا معنى له [٨] .

---

(١) ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ومستدرك في الهامش .

(٢) ساقطة من (ن) .

(٣) هذا مقيد بالحرة ، أما الأمة فلو قال لها : أنت باين ونوى اثنتين يقع ما نوى ، لأن الثنتين في الأمة كل جنس الطلاق في حقها ، فكانت الثنتين في حق الأمة كالثلاث في حق الحرة انظر : الجامع الصغير (٢٠٦،٢٠٧) مختصر الطحاوي ١٩٥ ، المبسوط (٧٥،٣/٦) بدائع الصنائع (١٠٨/٣) رد المحتار (٤٦٧/٢)

(٤) وبه قال زفر من الحنفية ، وهو قول مالك وأحمد في الكنايات الخفية ، ورواية عن أحمد في الكنايات الظاهرة الهداية (٢٤٣/١) ، الأم (٢٧٨/٥) ، مختصر المزني (٢٩٦/٨) المهذب (٨٤/٢) المغني (٢٧٦/٨) ، الشرح الكبير (٢٨٥/٨) ، المبدع (٢٧٩/٧) وقال مالك في الكنايات الظاهرة : هي ثلاث ، وهو ظاهر مذهب الإمام أحمد . انظر : قوانين الأحكام ٢٥٣ ، ٢٥٤ أسهل المدارك (١٤٢/٢،١٤٣) ، المغني (٢٧١/٨) .

(٥) في اللغة : مطلق الإمساك ، لسان العرب باب الصاد (٢٥٢٩/٤) . وفي الشرع : عبارة عن الإمساك عن الأكل والشرب والمباشرة في جميع النهار . أنيس الفقهاء ١٣٨ (٦) في (ن) ، (ع) [يتضمن] .

(٧) انظر : المبسوط (٧٠/٦،٧٣) بدائع الصنائع (١٠٨/٣) .

(٨) هذا استدلال للمخالف ، وهو أن الموقع نوى العدد ولم ينو البينونة ، فوجب أن يقع كما لو كان عددًا ، فقرنه باللفظ . انظر : النكت ورقة ٢١٩ .

٢٣٤٨٦ - قلنا : قد أوقع البينونة] [1] ، ونوى عددا ، واللفظ لا يقتضي العدد ، فنحن نوقع البينونة التي أوقعها ، ونتبعها ما تفتقر إليه تلك البينونة من العدد .

٢٣٤٨٧ - فإن قيل : العدد يقع أولا ثم تتبعه البينونة ، فأما أن تقع البينونة ويتبعها العدد فلا ، لأن البينونة من أحكام العدد .

٢٣٤٨٨ - قلنا : لسنا نقول : إن البينونة تسبق العدد ولكنا نقول : إنه إذا أوقع بينونة ، فإذا أراد الثلاث ، والبينونة العليا تفتقر إليها أضمرنا العدد في اللفظ ، فكأنه قال : أنت بائن بالثلاث . وإن لم ينو الثلاث أضمرنا ما تفتقر إليه البينونة الصغرى ، فكأنه قال : أنت بائن واحدة والثانية لا يفتقر إليها « فوقع البينونة » [2] في الحرة ، فلم يضمرها ، فإن لزم على هذا إذا طلق واحدة ، ثم قال لها : أنت بائن ينوى اثنتين [3]

٢٣٤٨٩ - قلنا : البينونة الكبرى فيما تقع باثنتين وبواحدة التي تقدمت والبتة [4] لا تتعلق بما تقدم من الطلاق ، فلو علقناها باثنتين [5] ، يقع بهما بينونة كبرى ، فلم يبق إلا أن تضمر ما تفتقر إليه البينونة الصغرى .

٢٣٤٩٠ - ويدل عليه أن مالا يقع به الطلاق لفظ البينونة بإجماع لا يقع وإن نوى ، كالظهار [6] . ولا يلزم الثلاث لأن عليًا وزيدًا قالا تقع بإطلاق [7] قوله : أنت بائن ، ولأن التطليقة الثانية [8] لا يحتاج إليها في تحريم العقد ، ولا في تحريم البضع فلم يقع [9] بقوله : أنت بائن ، إن نواها كالظهار .

٢٣٤٩١ - احتجوا : بأن كل من ملك إيقاع الطلقتين بصريح اللفظ ملك إيقاعها دفعه بالكناية مع النية [10] .

٢٣٤٩٢ - الجواب : أنه إن أردتم أنه ملك إيقاع تطليقتين بالصريح الذي هو لفظة

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ومستدرك في الهامش .

(٢) في (ن) ، (ع) : فوقع [البينونة] .

(٣) إذا طلق الحرة واحدة ، ثم قال لها : أنت بائن ونوى اثنتين ، لم يقع إلا واحدة بهذا اللفظ ، لأنه نوى العدد ، واللفظ لا يحتمله ، وإن نوى ثلاثا وقع عليها بهذا اللفظ ثنتان ، لأن نيته قد صحت باعتبار أنه نوى نوعا من البينونة فيقع ما ثبت به تلك البينونة وذلك بالتطلقتين الباقيتين . المبسوط (٨٥/٦) ، البحر الرائق (٣٢٤/٣) .

(٤) في (م) ، (ن) : [النيه] .

(٥) في (ن) ، (ع) : [باثنتين] .

(٦) في (م) : [كالطهار] .

(٧) في (ن) ، (ع) : [بالطلاق] . .

(٨) ساقطة من (ن) ، (ع)

(٩) في (ن) ، (ع) : [يبق] .

(١٠) انظر : المهذب (٨٤/٢) الشرح الكبير (٢٨٥/٨) .

واحدة ، لم نسلم ذلك ، لأنه لو قال : أنت طالق . ينوي اثنتين [١] « كانت واحدة » [٢] وإن أردتم أنه يملك بلفظي [٣] صريح مثل قوله : أنت طالق ، وأنت طالق ، فكذلك يملك [٤] عندنا بلفظي [٥] كناية مثل أن يقول : استبرئى رحمك ، واعتدى [٦] . وأصلهما العبد ، وهو غير مسلم إذا كانت تحته حرة ، وإنما نسلم ذلك إذا كانت تحته أمة ، والمعنى فيه أنها أعلى البينونتين فيها ، فوقع ذلك من حيث البينونة ، وفي الحرة ليس ذلك البينونة العظمى ، ولو وقع لوقع [٧] بمجرد النية واللفظ لا يتضمنه ، فلم يصح [٨] .

٢٣٤٩٣ - قالوا : كل عدد وقع بصريح اللفظ دفعة صح بالكناية على حرة ، كالثلاث .

٢٣٤٩٤ - قلنا : المعنى في الثلاث : أنه نوع بينونة في الحرة [فوقعت من حيث] [٩] توقع البينونة ، وهذا لا يوجد في الثانية .

٢٣٤٩٥ - قالوا : إذا جاز أن يقع بهذا اللفظ الثلاث مما لا بيان في ضمنها ، لأنهما بعضها فجاز أن يقعا بها [١٠] .

٢٣٤٩٦ - قلنا : يبطل إذا قال : أنت طالق ثلاثًا لو أراد به اثنتين لم يصح ، ويقع [١١] به الثلاث . ولأننا [١٢] بينا أن الثلاث يقع فيها المعنى ، وهو افتقار البينونة [الكبرى إليها والواحدة تقع وإضمار البينونة] [١٣] الصغرى إليها وهذا لا يوجد في اثنتين [١٤] .

(١) في (ن) ، (ع) : [أثنتين] .

(٢) صريح الطلاق لا تصح فيه نية الثنتين ، والثلاث لأنه نعت فرد يقال للواحدة طالق وللثنتين طالقتان وللثلاث طوالق ، ونعت الفرد لا يحتمل العدد ، لأنه ضده خلافًا لزفر ، وهو قول أبي حنيفة الأول . انظر : المبسوط (٧٩/٦) ، تحفة الفقهاء (٢٥٨/٢) ، رءوس المسائل ٣١٤ ، الاختيار (٧٤/٣) .

(٣) في (م) : [بلفطى] .

(٤) ساقطة من (م) .

(٥) في (م) : [بلفطي] .

(٦) انظر : المبسوط (٧٩/٦) .

(٧) ساقطة من (م) .

(٨) قال في بدائع الصنائع « ولهذا قال أصحابنا : إذا قال لزوجته الأمة أنت بائن أو حرام ينوي الثنتين يقع ما نوى ، لأن الثنتين في الأمة كل جنس الطلاق في حقها ، فكان الثنتان في حق الأمة كالثلاث في حق الحرة ، وقالوا لو طلق زوجته الحرة واحدة ثم قال لها : أنت بائن أو حرام ينوي اثنتين كانت واحدة ، لأن الاثنين بأنفسهما ليسا كل جنس الحرة بدون الطلقة المتقدمة ، ألا ترى أنها لا تبين ، فالاثنتان بينونة غليظة بدونهما . بدائع الصنائع (١٠٨/٣) .

(٩) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(١٠) انظر : الحاوى ورقة ٥ .

(١١) ساقطة من (م) .

(١٢) انظر : المبسوط (٨٩/٦) .

(١٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) ومستدرك في الهامش .

(١٤) استدل الشافعية أيضًا بما روى أن ركانة بن عبد يزيد قال يا رسول الله إنى طلقت إمرأتى سهيمة البتة والله ما أردت بها إلا واحدة ، فقال رسول الله ﷺ والله ما أردت إلا واحدة ، فقال ركانة : والله ما أردت إلا واحدة ، =

مسألة ١١٣٤

إذا نوى الثلاث بالكنايات الرجعية

٢٣٤٩٧ - قال أصحابنا : إذا قال لامرأته : اعتدى ، واستبرىء رحمك ، وأنت واحدة « ينوى بها الثلاث » [١] فإنه تقع واحدة [٢]

٢٣٤٩٨ - وقال الشافعي : تقع ثلاثًا في قوله اعتدى واستبرئى .

٢٣٤٩٩ - قالوا : والصحيح من مذهبه في قوله : أنت واحدة ، أنها تكون واحدة . ومنهم من قال : تكون ثلاثا [٣]

٢٣٥٠٠ - لنا : أنها كناية يقع بها الطلاق الرجعى أو لفظ يقع به الطلاق الرجعى فلا يقع به الثلاث ، وإن نواها ، كقوله أنت « واحدة » [٤] والدليل على هذا الأصل : أن واحدة تفسير لقوله : أنت طالق ، لأنه يصلح أن يقول ذلك ولا يصلح أن يقول [أنت [٥] بائن] [٦] واحدة [وإذا أراد به الطلاق ، أضمرناه فيه] [٧] فكأنه قال : أنت

= فردها رسول الله ﷺ عليه ، فدل على أنه لو أراد ما زاد على واحدة لوقع . انظر : المهذب (٨٤/٢) .

(١) في (ن) ، (ع) : [ينوى به] .

(٢) انظر : الجامع الصغير ٢٠٦ ، مختصر الطحاوي ١٩٥ الهداية (٢٤١/١) ، البحر الرائق (٣٢٢/٣) ، رد المحتار (٤٦٦/٢) .

(٣) إن قال « أنت واحدة » فإن كان بالنصب ونوى طلقتين أو ثلاثا فثلاثة أوجه ، أصحها : يقع ما نوى صححه البغوي وغيره ، والثاني : لا يقع إلا واحدة ، وصححه الغزالي . والثالث قاله القفال : إن بسط نية الثلاث على جميع الثلاث لم تقع الثلاث ، وإن نوى ما زاد على واحدة عند قوله : أنت وقع ما نواه وإن كان بالرفع ففيه وجهان : أحدهما وقوع ما نواه وهو الصحيح ، والثاني : تقع واحدة فقط انظر : المهذب (٨٤/٢) روضة الطالبين (٧٦/٨) المجموع شرح المهذب (١٢٣/١٧) .

(٤) قال في بدائع الصنائع : « لو نوى بقوله اعتدى ، واستبرئى رحمك وأنت واحدة ثلاثا لم يصح ، لأن هذه الألفاظ في حكم الصريح ، ألا ترى أن الواقع بها رجعية فصار كأنه قال أنت طالق ونوى به الثلاث ، لأن قوله : أنت واحدة لا يحتمل أن يفسر بالثلاث ، فلا يحتمل نية الثلاث . وكذا قوله اعتدى واستبرئى رحمك لأن الواقع بكل واحدة منهما رجعى ، فصار كقوله : أنت واحدة . انظر : بدائع الصنائع (١٠٨/٣) وبهذا يتبين أن قوله : أنت واحدة ، لو نوى به الثلاث لم يصح ، كما أن الكنايات الرجعية لو نوى بها الثلاث لم تصح .

(٥) في (ن) ، (ع) : [ذلك] .

(٦) في (م) : [لأنه يصلح أن يقول ذلك ولا يصلح أن يقول ذلك] وهي زيادة مكررة

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ومستدرك في الهامش .

طالق واحدة ينوى ثلاثا فتكون [1] واحدة [2] ولأن قوله : أنت واحدة صريح في عدد ، فلا يقع به عدد آخر ، كما لو قال : أنت طالق ثلاثا ينوى واحدة [3] .

٢٣٥٠١ - فإن قيل : يحتمل أن يكون قوله : أنت واحدة . أي منفردة عن النكاح [4] .

٢٣٥٠٢ - قلنا : هو صريح في عدد الطلاق . وعندهم : أن الصريح في النوع لا يجوز أن يكون كناية في بابه ونوعه [5] .

٢٣٥٠٣ - احتجوا : بأنها كناية لا تنبئ عن عدد فجاز أن يقع به الثلاث ، كقوله : أنت بائن [6] .

٢٣٥٠٤ - الجواب : أن المعنى فيه أن اللفظ صريح في البينونة ، والثلاث البينونة الكبرى ، فإذا نوى ما يصلح له من [7] اللفظ وقع ، واللفظ في مسألتنا لا يفيد البينونة ، فلا تقع مطلقة باتفاق [8] ، فلم يجز أن يحمل عليه بالنية كقوله [9] : أنت واحدة [10] .

* * *

(١) في (ن) : [فيكون] . (٢) انظر : بدائع الصنائع (١٠٨/٣)

(٣) قال في المبسوط : الطلاق متى قرن بالعدد فالوقوع العدد المذكور ، لأن الموقع هو العدد ، فإذا صرح بذكر العدد كان هو العامل دون ذكر الوصف . ولهذا لو ماتت المرأة بعد قوله : طالق . قبل قوله ثلاثا لا يقع شيء ، وهذا الآن الكل كلمة واحدة في الحكم ، فإن إيقاع الثلاث لا يتأتى بعبارة أوجز من هذا ، والكلمة الواحدة لا يفصل بعضها من بعض . المبسوط (٨٩/٦) .

(٤) انظر : المجموع ، شرح المهذب (٢٤١/١٨) .

(٥) انظر : المجموع شرح المهذب (١٢٤/١٨) .

(٦) انظر : المهذب (٨٤/٢) المجموع (١٢٤/١٧) .

(٧) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٨) انظر : بدائع الصنائع (١٠٨/٣) ، المهذب (٨٤/٢) .

(٩) في (م) : [لقوله] .

(١٠) انظر : بدائع الصنائع (١٠٨/٣) ، البحر الرائق (٣٢٢/٣) .

مسألة ١١٣٥

وقوع العتق بصريح الطلاق وكنايته

٢٣٥٠٥ - قال أصحابنا : إذا قال لأمته أنت طالق ، أو بائن ، أو حرام ينوى بذلك العتق لم تعتق (١) (٢) .

٢٣٥٠٦ - وقال الشافعي : تعتق (٣) .

٢٣٥٠٧ - لنا : أن الطلاق يفيد إزالة اليد والتخلية (٤) تقول : أطلقت (٥) أسيرى ، وأطلقت (٦) إبلي (٧) ، وزوال اليد لا ينافي ملك اليمين ، لأن المكاتب قد زالت يد المولى عنه بعقد الكتابة ، وإن لم يزل الملك ، وإذا لم ينف ذلك ملك اليمين لم تقع به الحرية ، كما لو قال لأمته (٨) زوجتك (٩) ينوى به العتق ، أو قال : وهبتك ، أو قال : أجرتك (١٠) وليس هذا كما لو قال لزوجته : أنت حرة ينوى به الطلاق أنها تطلق (١١) لأن الحرية تقتضي إسقاط الحقوق يقال أرض حرة إذا لم يكن عليها خراج (١٢) وإسقاط الحقوق لا يجتمع مع الزوجية ، فلما تنافيا جاز أن يقع به الطلاق .

٢٣٥٠٨ - فإن قيل : العتق لا يقع من حيث « ما يتضمن » (١٣) اللفظ من إزالة اليد ، لكن الطلاق يزيل الملك فتقع الحرية . كذلك .

---

(١) في (ن) : [يعتق] .

(٢) روى عن أبي يوسف أنه يقع بقوله لأمته : طلقتك ناويًا العتق انظر : هذه المسألة في الجامع الصغير ٢٠٦ ، المبسوط (٦٣/٧) ، بدائع الصنائع (٥٤/٤) ، تبيين الحقائق (٦٨/٣) رد المحتار (٨/٣) ، الاختيار (١٧٨/٣) .

(٣) انظر : مختصر المزني (٦٨/٨) ، المهذب (٢/٢) ، روضة الطالبين (٢٩/٨) ، مغني المحتاج (٤٩٣/٣) ، زاد المحتاج (٦٥٦/٤) .

(٤) في (ن) : [والتحلية] .

(٥) في (م) : [أطلعت] .

(٦) في (م) : [أطلعت] .

(٧) انظر : لسان العرب : باب الطاء (٦٩٣/٤) . القاموس المحيط : باب القاف .

(٨) ساقطة من (م) .

(٩) في (م) : [لو زوجتك] .

(١٠) انظر : المبسوط (٦٣/٧) .

(١١) انظر : رءوس المسائل ص ٤١٣ .

(١٢) في (ن) : [خراج] الخَرْج ، والخَرَاج واحد ، وهو : ما يخرج من غلة الأرض والغلام ، المغرب (١٤٢،١٤١) ، وفي الاصطلاح نوعان : الأول الخراج الموظف ، وهو الوظيفة المعينة التي توضع على أرض ، كما وضع عمر على سواد العراق . والثاني : خراج المقاسمة كربع الخارج وخمسه ، ونحوهما . التعريفات ص ١٣٢ .

(١٣) انظر : رؤوس المسائل ص ٤١٤

٢٣٥٠٩ - قلنا : الطلاق / لا يزيل الملك إلا بعدد أو عدم العدة ، وكل واحد من هذين لا يوجد في العتاق وإنما يوجد اللفظ من غير عدد ولا انقضاء عدة ، وذلك لا يزيل الملك باتفاق (١) ولأن صريح الطلاق في الموضع الذي [هو صريح فيه لا يتضمن زوال الملك ، فلأن لا يزيل الملك في الموضع الذي] (٢) هو كناية أولى . (٣)

٢٣٥١٠ - ولأن لفظ الطلاق في الزوجات لا يزيل الملك إلا بعدد ، أو عدم عدة ، وكل واحد من هذين المعنيين لا يوجد في العتاق ، لأن الأمة لا عدة عليها ، ولا يملك المولى منها عدد الطلاق ومتى لم يتصور المعنى الذي به يزول الملك في موضعه (٤) ، لم يزل به الملك في الموضع المنقول (٥) إليه .

٢٣٥١١ - ولأن الطلاق صريح مختص (٦) بالنكاح ، فلا يقع به العتاق كالإيلاء ، (٧) ولأنه لفظ وضع لإزالة الملك عن المنافع ، فلا يزول به الملك عن الأعيان ، كلفظ الإجارة إذا عقد به البيع (٨) .

٢٣٥١٢ - ولم يلزمنا لفظ العارية (٩) إذا حصل في الدراهم كان « قرضا » (١٠) ؛ لأن لفظ العارية لا يزيل الملك عن العين ، وإنما يزول باللفظ والقبض (١١) .

٢٣٥١٣ - ولأنه لفظ (١٢) يختص بتحريم (١٣) البضع فلا يقع به العتاق كالظهار (١٤) ، فإن نازعوا فيه دللنا عليه في الموضع الذي هو صريح لا يزيل الملك ، ففي الموضع الذي هو كناية أولى ، ولأنه كان طلاقا في الجاهلية ، فنقل بالشرع إلى غير

---

(١) هذا إذا كان الواقع رجعيا فإذا لم تنقض العدة فالملك باق والزوجية قائمة ، إلا أن الملك عند الشافعية يزول في حق الوطء انظر : المهذب (١٠٢/٢) ، بدائع الصنائع (١٨٠/٣) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(٣) انظر : الاختيار (١٧٨/٣) .

(٤) في (م) : [موضوعه]

(٥) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٦) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٧) انظر : بدائع الصنائع (٥٤/٤) .

(٨) انظر : المبسوط (٦٤/٧) ، البناية (٨٧٤/٧) .

(٩) بالتشديد والتخفيف وجمعها : العَوارِي ، وهي مشتقة من عار الرجل : إذا جاء وذهب ، وهي في اللغة : إعارة الشيء . انظر : مختار الصحاح باب العين ٤٨٦ . وفي الشرع : تمليك المنافع بغير عوض . انظر : البحر الرائق (٢٨٠/٧) .

(١٠) القرض في اللغة : ما تعطيه من المال لتتقاضاه . مختار الصحاح باب القاف وفي الشرع : عقد مخصوص يرد على دفع مال مثلي لآخر ليرد مثله . القاموس الفقهي ٢١٥ .

(١١) انظر : بدائع الصنائع (٢١٥/٦) .

(١٢) في (ن) : [لفظ] .

(١٣) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(١٤) انظر : بدائع الصنائع (٥٤/٤) .

الطلاق فلا يقع به العتق كالإيلاء ، ولأن ملك اليمين لا يستدرك الحق فيه بالرجعة .

٢٣٥١٤ - ولأن مالا يصح أن يملك بلفظ النكاح لا يزول الملك فيه بالطلاق كالأعيان ، وعكسه ملك البضع . ولأن مالا يصح أن يكون بلفظ النكاح لا يزول الملك فيه بالطلاق كالأعيان ، وعكسه البضع [1]

٢٣٥١٥ - احتجوا بقوله ﷺ : إنما الأعمال بالنيات ، وإنما لكل [2] امرئ [3] ما نوى [4] .

٢٣٥١٦ - والجواب : أن هذا الخبر متروك الظاهر [5] لأنه يقتضي أن العمل لا يكون عملا إلا بالنية ، ونحن نعلم أن الأعمال كلها توجد مع فقدها ، فاحتمل أن يكون المراد به جواز العمل ، واحتمل [6] ثواب العمل ، وليس أحدهما بأولى من الآخر .

٢٣٥١٧ - فإن قيل : لو كان المراد به الجواز اقتضى أن يقع العتق ، [وإن كان المراد به الثواب] [7] اقتضى الوقوع ليستحق به الثواب ، لأنه قربة .

٢٣٥١٨ - قلنا : عندنا إذا قال لأمته : أنت طالق ينوي به العتاق استحق الثواب ، وإن لم يقع معه العتاق لأنه قصد القربة فيه [8] .

٢٣٥١٩ - قالوا : ما صح استعماله [في الطلاق صح] [9] استعماله في العتاق ، كقوله : لا ملك لي عليك [10] .

٢٣٥٢٠ - قلنا : يصح أن يقال : ما صح « جاز استعماله في كذا » [11] إلا أن يبين وجود معنى كل واحد من الأمرين فيه ، وقد بينا أن الطلاق يزيل الملك في الطلاق ، وذلك لا يجتمع مع النكاح ، ويجتمع مع ملك اليمين بدلالة المكاتب ، فلم يصح استعماله في إزالة ما لا ينافيه ، وصح استعماله في إزالة ما ينافيه .

---

(١) ساقطة من (ن) ، (ع) (٢) ساقطة من (م)

(٣) في (م) : [أمر] .

(٤) الحديث أخرجه الإمام البخاري في صحيحه ، باب كيف كان بدء الوحي (١٥١٥/٣) .

(٥) ساقطة من (م) (٦) في (م) : [فاحتمل] .

(٧) في (م) : [وإن كان المراد الآخر فإن قيل لو كان المراد به الجواز الثواب] وهو زيادة مكررة .

(٨) ساقطة من (م) انظر : الاختيار (١٧٨/٣) .

(٩) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(١٠) انظر : الحاوي للماوردي ورقة (٨) .

(١١) في (ص) : [صح استعماله في كذا ، صح استعماله في كنا] وهي زيادة مكررة

٢٣٥٢١ - فأما قوله : لا ملك لي عليك فيصح [١] استعماله في الأمرين ، لأن ملك النكاح لا يبقى مع زوال الملك ، فلما وجد معناه في إزالة الأمرين ، صح أن يستعمل فيهما [٢] .

٢٣٥٢٢ - وقد ادعوا أنا لا نسلم : لا سلطان [لي عليك] ولا سبيل لي عليك ، وكل واحد من الأمرين لا يبقى ملك اليمين أيضًا غير مسلم ، لأن ذلك لا ينافي ملك اليمين إذا كان المولى لا سلطان له على مكاتبه ، ولا سبيل له عليه [٣]

٢٣٥٢٣ - قالوا : كل لفظ [٤] « كان » كناية في الطلاق ، كان كناية في العتاق أصله : لا ملك لي عليك [٥] .

٢٣٥٢٤ - قلنا : لا يصح أن يكون اللفظ كناية في الشيء حتى يتضمن معناه ، فيجب أن يتلو على أن معنى العتاق يوجد في كنايات الطلاق حتى يصح الجمع ، وقد بينا خلاف ذلك .

٢٣٥٢٥ - ولأن قوله : أنت حرام . يقتضي التحريم المطلق ، وذلك لا يجتمع مع النكاح ، ويجتمع مع ملك اليمين في أخته من الرضاع .

٢٣٥٢٦ - فأما قوله : لا ملك لي عليك ، يقتضي إزالة الملك ، وذلك ينافي كل واحد من الأمرين فيصح [٦] أن يكون كناية فيه .

٢٣٥٢٧ - [قالوا : كل ملك صح] [٧] استعمال الإعتاق في إزالته ، صح استعمال الطلاق في إزالته ، كالزوجة [٨] .

٢٣٥٢٨ - قلنا : ملك الزوجة يستدرك الحق فيه « بالرجعة » [٩] بعد الطلاق بخلاف ملك الرقبة فإنه لا يسد الحق فيه بعد العتاق ، فلم يجز أن يزول الملك عنه

---

(١) في (ع) : [فلم يصح] .
(٢) انظر : البحر الرائق (٣٢٦/٣) ، الاختيار (١٧٨/٣)
(٣) انظر : المبسوط ٦٥/٧ ، بدائع الصنائع (٥٤/٤) .
(٤) في (ن) ، (ع) : [كل لفظ]
(٥) انظر : الحاوي للماوردي ورقة ٨
(٦) في (ن) (ع) : [فصح] .
(٧) في (م) : [قالوا كل واحد من الأمرين فيصح أن يكون كناية فيه قالوا كل ملك صح] وهي زيادة لا معنى لها .
(٨) انظر : الحاوي للماوردي ورقة رقم ٨ .
(٩) انظر : المبسوط (٢٠/٦) .

بلفظ [١] الطلاق .

٢٣٥٢٩ - قالوا : لفظ وضع [٢] لإزالة ملك بنى على التغليب ، فوجب أن يكون كناية في مثله . أصله : استعمال الحرية في موضع الطلاق [٣] .

٢٣٥٣٠ - قلنا : قد بينا أنه لا يصح أن يقال : إن اللفظ كناية في شيء ، حتى يتبين أن فيه معناه ، ومعنى الطلاق موجود في الحرية لأنها تفيد إسقاط الحقوق ، وذلك لا يجتمع في النكاح ، ومعنى العتق لا يوجد في الطلاق ، لأن لفظه يقتضي إزالة اليد [٤] وذلك موجود في المكاتب ، ووضعه التحريم إما في الحال ، وإما في الثاني ، وذلك لا ينافي ملك اليمين ، بدلالة أخته من الرضاع ، فلم يصح هذا الكلام .

٢٣٥٣١ - فإن قيل : في الطلاق معنى الحرية ، وهو زوال جنس الرق .

٢٣٥٣٢ - قلنا : قد يوجد ذلك في المكاتب ، مع بقاء الرق فيه فكيف يكون إطلاق [٥] الجنس قربة .

٢٣٥٣٣ - ولأن لفظ الحرية وضع لإزالة الملك عن الأعيان ، وهي أعلى الأملاك ، فإذا عبّر [٦] به عن الطلاق فقد عبر به عن إزالة الملك عن المنافع ، وهي أدنى الأملاك وما وضع لإزالة الملك عن الأعلى ، يصلح أن يزيل الملك عن الأدنى إذا كان في ملكه ، فأما الطلاق ، فقد وضع لإزالة الملك عن المنافع ، وهي أدنى الملكين ، وما وضع لإزالة الملك عن أدنى [٧] الأمرين لا يزول به عن أعلاهما ، كلفظ الإجارة ، والعارية إذا عقد بهما البيع [٨] . ولا يلزم الإجارة بلفظ البيع ، لأن من أصحابنا الخراسانيين من قال : ينعقد ، ومن بالعراق يقولون : لا ينعقد [٩]

٢٣٥٣٤ - وقد احترزنا عنه بقولنا : إذا كان ملكه [١٠] والمنافع ليست مملوكة ، فكذلك لا يزيل الملك عنها بالبيع . وفرق آخر على أصولنا : أن استباحة البضع

---

(١) في (م) : [بلفظ] .
(٢) في (م) : [وقع] .
(٣) انظر : الحاوي للماوردي ورقة رقم ٨ .
(٤) في (ع) : [الكتاب] .
(٥) في (ن) ، (ع) : [لطلاق] .
(٦) في (ن) ، (ع) : [اعتبر] .
(٧) ساقطة من (ص) .
(٨) انظر : البحر الرائق (٢٩١/٥)
(٩) ذكر في عيون المسائل أن الإجارة فاسدة ، لأن المنافع معدومة ، وهي ليست بمحل للبيع . وذكر شيخ الإسلام : أن فيه اختلاف المشايخ ، وعن الكرخي : أن الإجارة لاتنعقد بلفظ البيع ، ثم رجع وقال : تنعقد انظر : البحر الرائق (٢٩١/٥) .
(١٠) ساقطة من (م) .

يجوز أن يملك بلفظ التمليك عندنا الذي يملك [١] به رقبة الأمة ، فلذلك زال [٢] الملك عنه بلفظ الحرية ، وملك رقبة الأمة « لا يملك » [٣] بلفظ النكاح مبدلا [٤] ولا يزل [٥] الملك فيه بلفظ الطلاق .

* * *

(١) ساقطة من (م) .
(٢) في (ن) ، (ع) : [زوال] .
(٣) في (ع) : [لا يتملك] .
(٤) في (ن) ، (ع) : [ميتالا] .
(٥) في (ن) ، (ع) : [يزيل] .

مسألة ١١٣٦

إضافة الطلاق إلى الرجل

٢٣٥٣٥ - قال أصحابنا : إذا قال لآمرأته : أنا منك طالق ، أو قال لها : أمرك بيدك فقالت : طلقتك ، أو أنت طالق ، لم يقع بذلك بشيء (١)

٢٣٥٣٦ - وقال الشافعي : يقع بذلك الطلاق « إذا نوى الطلاق » (٢) .

٢٣٥٣٧ - لنا (٣) : أن (٤) الطلاق لا يصح إضافته إلى الرجل لفظا ، ولا معنى . أما (٥) اللفظ فلأنه (٦) يقال : امرأة طالق ، ولا يقال رجل طالق ، ولا مطلق .

٢٣٥٣٨ - وأما المعنى : فلأن الطلاق عبارة عن إزالة اليد . والمرأة تحت يد الزوج فتوصف أنها مطلقه منه ، (٧) وليس لها يد عليه فلا يوصف (٨) أنه مطلق منها ، كما لا يقال والأمير : إنه مطلق من حبس أسيره ، [وإذا لم تصح الإضافة لم يقع الطلاق بلفظ لا يقتضيه ، وإن انضمت إليه نية . وليس (٩) كذلك قوله : أنا منك بائن ، أو حرام عليك ، لأن هذه إضافة صحيحة في المعنى ، لأن البينونة عبارة عن القطع ، وحبل الزوجية متصل بينهما ، فكل واحد منهما يوصف أنه انقطع من الآخر ، والاستباحة موجودة فيهما ، فيوصف كل واحد منهما أنه محرم على الآخر . فإذا صحت الإضافة ، جاز أن يراد بها الطلاق (١٠) .

---

(١) انظر : الجامع الصغير ٢٠٠ ، المبسوط (٧٨/٦) ، بدائع الصنائع (١٤١/٣) ، الهداية (٢٣٦/١) ، البناية (٤٣١/٤) ، رد المحتار (٤٤٦/٢) وهو المنصوص عن الإمام أحمد ، نص عليه الأثرم . انظر : المغني (٢٧٨/٨) المبدع (٢٨٠/٧)

(٢) في (ن) ، (ع) : [إذا نواه] . وبه قال الإمام مالك ، واختاره أبو الخطاب من الحنابلة . انظر : التفريع (٧٤/٢) المهذب (٨٢/٢) روضة الطالبين (٦٧/٨) ، نهاية المحتاج (٤٤٩/٦) ، حاشية البيجرمي (٦/٤) الإنصاف (٤٨٥/٨) .

(٣) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٤) في (ن) ، (ع) : [لأن] .

(٥) في (م) : [إنما] .

(٦) في (م) : [أن] .

(٧) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٨) في (م) [توصف] .

(٩) ساقطة من (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) ومستدرك في الهامش انظر : المبسوط (٧٨/٦) ، رؤوس المسائل ٤١٢ ، المغني (٢٧٨/٨) ، الشرح الكبير (٢٩٨/٨) .

(١٠) انظر : المبسوط (٧٨/٦) البناية (٤٣٣/٤) ، البحر الرائق (٣٠٢/٣) . بين الرملي ذلك فقال : =

٢٣٥٣٩ – فإن قيل : الزوج يصح أن يوصف بالطلاق ، لأنه محرم عليه بعقد النكاح العقد على أختها وأربع سواها ، فإذا طلقها زال [ملك] ذلك عنه ، فيوصف بالإطلاق من هذا الوجه [١] .

٢٣٥٤٠ – قلنا : زوال النكاح إطلاق للزوج في التزويج ، إلا أن ذلك ليس بإطلاق منها ، والطلاق الذي يقع عليها هو أن يتخصص [٢] بها ، ولا يد للمرأة في منع الزوج من تزويج أختها ، والمرأة مطلقة من الزوج ، لأن يده عليها ، واليد تمنعها [٣] من الأزواج ، فيصح أن يضاف إليها الإطلاق منه ، يبين ذلك أن من حبس إنسانًا بغير حق ثم أطلقه فقد [٤] سقط المأثم عن الحابس .

٢٣٥٤١ – ولا يقال : مطلق بمعنى زوال المأثم لأنه لا يد للمحبوس عليه [٥] كذلك الزوج لا يوصف بالطلاق منها لزوال الحظر [٦] عنه ، ولأنه أضاف الطلاق إلى من لا يصح أن يوصف به بحال ، فصار كما لو قال الأجنبي : أنا منك طالق [٧] .

٢٣٥٤٢ – فإن قيل : الأجنبي لو أضاف إليه لفظ [٨] البينونة ، لم يقع به الطلاق ، كذلك لفظ الصريح ، والزوج لو أضاف إليه لفظ البينونة وقع به الطلاق كذلك الصريح [٩] .

٢٣٥٤٣ – قلنا : الإضافة إلى الأجنبي بلفظ البينونة ، والصريح لا يصح ، فلا يقع بكل واحد منهما الطلاق [١٠] والإضافة إلى الزوجة صحيحة بلفظ البينونة والتحريم ،

= لأن له عليه حجرا من جهتها ، إذ لا ينكح معها نحو أختها ، ولا أربعًا سواها مع مالها عليه من الحقوق ، والمؤن فصح إضافة الطلاق إليه على حسب السبب المقتضى لهذا الحجر مع النية ، نهاية المحتاج (٤٤٩/٦) ، النكت ورقة ٢١٨ .

(١) في (ن) : [تخصيص] .

(٢) في (ن) ، (ع) : [فقط] .

(٣) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٤) في (ن) ، (ع) : [فقط] .

(٥) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٦) في (ن) : [الخطر] .

(٧) قال في بدائع الصنائع ، إذا أضيف الطلاق الصريح إلى المرأة وقع الطلاق سواء نواه أو لم ينوه بخلاف الأجنبي فإنه لو أضاف الطلاق الصريح إلى المرأة لا يقع سواء نواه أو لم ينوه ، بدائع الصنائع (١٠١/٣) وبهذا تبين أن الأجنبي لو أضاف الطلاق الصريح إلى المرأة لا يقع ، كما أن الرجل لو أضاف الطلاق إلى نفسه لا يقع الطلاق .

(٨) ساقط من (ن) ، (ع) .

(٩) هذا اعتراض للمخالف مما أورده الشيرازي في النكت على قياس المصنف وهو أن القياس على الأجنبي غير مسلم لأن الأجنبي لو أضاف الطلاق إليه بلفظ البينونة لا يقع الطلاق كذلك لفظ الصريح وعكسه الزوج فإنه يصح إضافة الطلاق إليه بلفظ البينونة وبلفظ الصريح انظر : النكت ورقة ٢١٨ .

(١٠) انظر : بدائع الصنائع (١٠١/٣)

فوقع به الطلاق [1] وهي غير صحيحة بلفظ الطلاق ، فلم يقع به شيء [2] ولأن كل من لو أضيف إليه صريح الطلاق من غير نية لم يقع ، فإذا أضيف إليه مع النية / لم يصح كالأجنبي ، وعكسه : الزوجة [3] .

٢٦/ب

٢٣٥٤٤ - فإن قيل : الطلاق يستعمل [4] في المرأة ، فالإضافة إليها لا تحتاج إلى النية ، والإضافة إلى الزوج [5] غير مستعملة في العادة فلذلك احتاجت إلى النية .

٢٣٥٤٥ - قلنا : هذه معارضة في الوصف ، والمعارضة إنما [6] تقع في الأصل ولأن اللفظ غير المستعمل هو المانع من وقوع الطلاق به مع النية لأن البينونة تؤثر في اللفظ غير [7] المستعمل [8] إذا كان فيه احتمال .

٢٣٥٤٦ - فأما أن تؤثر فيما لا يستعمل فلا . ألا ترى أنه لو قال : أحمد الله ينوى الطلاق لم يقع [9] لأنه غير مستعمل فيه ، وإن جاز أن يحمده على توفيقه لمفارقتها ، ولأن الزوج له عليها حق » بالنكاح يملك استيفاءه ، وإسقاطه فإذا أضاف لفظ الإسقاط إلى نفسه لم يتعلق به حكم ، كما لو قال صاحب الدَّيْن لغريمه : أنا بريء من الدَّيْن . [10]

٢٣٥٤٧ - ولأن الطلاق [11] لفظ وضع لإزالة الملك عن البضع ، كما أن الحرية لفظ وضع لإزالة الملك عن الرقبة ، والرق و[12] إذا كان إضافة لفظ الحرية إلى المولى إذا

---

(١) قال في بدائع الصنائع : « لو جعل أمر امرأته بيدها فقالت أنا منك بائن أو أنا عليك حرام ، كان طلاقا ، لأن الزوج لو قال لها : أنت مني بائن ، أو أنت على حرام ، كان طلاقا . وكذلك لو قالت لزوجها : أنت مني بائن أو أنت مني حرام لأن الزوج لو قال لها ذلك كان طلاقا . بدائع الصنائع (١١٧/٣) ، البحر الرائق (٣٠٢/٣) .

(٢) انظر : المبسوط (٧٨/٦) تبيين الحقائق (٢٠٨/٢) .

(٣) مراد المصنف أن الأجنبي إذا أضاف الطلاق الصريح إلى نفسه فقال : أنا منك طالق ، لا يقع ، سواء نواه أو لم ينوه ، وهذا بخلاف المرأة ، فإنها لو قالت لزوجها : أنا منك طالق وقع لأنه لو قال لها : أنت طالق مني كان طلاقا انظر : بدائع الصنائع (١١٧/٣) .

(٤) في (ن) ، (ع) : [مستعمل] .

(٥) في جميع النسخ « الزوجة » إلا أن الظاهر أن صحة العبارة « الزوج » لأن هذا اعتراض للمخالف أورده الشيرازي في النكت على استدلال المصنف بأن الطلاق لو صح إضافته إلى الرجل لم يفتقر إلى النية ، لأنه صريح . وذلك يبطل عند المخالف بأن الطلاق فيجانب المرأة متعارف وفي جانب الزوج غير متعارف فافتقر إلى النية . انظر : النكت للشيرازى ورقة ٢١٨ .

(٦) في (ن) ، (ع) : [وإنما] .

(٧) في (م) : [غير] .

(٨) في (م) : [مستعمل] وما أثبتناه أنسب .

(٩) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(١٠) انظر : شرح الأشباه والنظائر ورقه ٣٩٨ لأحمد بن محمد الحنفي الحموي .

(١١) في (م) : [الانطلاق] .

(١٢) ساقط من (م) .

[قال لأمته] (١) أنا منك حر لا تقع به الحرية كذلك (٢) لفظ الطلاق إذا أضافه إلى الزوج (٣) وهذا أصل سلمه المروزى (٤) ومنعه ابن (٥) أبي هريرة (٦) وهو منع ، لأن المولى موصوف بالحرية قبل الإيقاع على وجه واحد فلا تجدد له هذه الصفة حكما لم يكن . ولا يقال للعبد على مولاه حق النفقة ، فهو بالعتق حر من ذلك الحق ، لأن سقوط هذا الحق عن المولى لا يقتضي الحرية بدلالة المكاتب .

٢٣٥٤٨ - فإن قيل : الحرية إزالة الرق ، وليس في جهة المولى رق يزيله لفظ الحرية ، والطلاق إزالة النكاح ، والنكاح ثابت في جهة الزوج والمرأة فجاز أن يضيف إزالته إلى نفسه (٧) .

٢٣٥٤٩ - قلنا : في جهة الزوج ملك المملوك يثبت في جهتها ، كما أن الرق معنى مملوك للمولى (٨) فالمالك هو المولى ، والرق فيه المملوك العبد ، ثم (٩) لم يصح إضافة الحرية إلى المالك للرق ، كذلك لا يصح إضافة الطلاق إلى المالك في النكاح .

---

(١) في (ن) ، (ع) : [إذا قال لامرأته] . (٢) في (م) : [ولذلك] .

(٣) قال في تبيين الحقائق : « لنا أن الطلاق شرع مضافًا إلى المرأة بقوله تعالى ﴿ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾ (الطلاق : ١) وبقوله ﴿ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ ﴾ ، (الطلاق : ١) وغير ذلك من النصوص ، وهو إذا طلّق نفسه فقد غير المشروع فيلغو كالعتق إذا أضيف إلى المولى . انظر : تبيين الحقائق (٢٠٨/٢) البناية (٤٣٤/٤) ، المبدع (٢٨١/٧) الشرح الكبير (٢٩٨/٨) شرح منتهى الإرادات (١٣٢/٣) كشاف القناع (٢٥٣/٥) .

(٤) في (م) [المروزى] إبراهيم بن أحمد المروزى ، أخذ الفقه عن ابن سُريج ، وانتهت إليه رئاسة العلم ببغداد ، ثم انتقل في آخر عمره إلى مصر ، وجلس في مجلس الشافعي ، قال العبادي : خرج من مجلسه إلى البلاد سبعون إماما من أصحاب الشافعي . من مصنفاته شرح المختصر شرحا مبسوطا.. توفى سنة (٣٤٠ ه) ودفن قريبا من الشافعي ، انظر : طبقات الشيرازي ١١٢ ، طبقات العبادي ٠ ٦٨،٦٩) طبقات الإسنوى (١٩٧/٢،١٩٨) وفيات الأعيان (٢٦/١،٢٧)

(٥) في (ع) : [من] ويلاحظ أن ما نقله المصنف عن المروزى وابن أبي هريرة يخالف ما هو منقول عنهما في مصنفات أئمة الشافعية . قال في المهذب اختلف أصحابنا في إضافة العتق إلى المولى ، فمنهم من قال يصح وهو قول على بن أبي هريرة وقال أكثر أصحابنا لا يصح انظر : المهذب (٨٠/٢) ، النكاح ورقة ٢١٨ .

(٦) أبو على الحسن بن الحسين البغدادي ، أحد أئمة الشافعية ، أخذ الفقه عن أبي العباس بن سريج ، والمروزى ، انتهت إليه رئاسة العراقيين . له من المنصفات : شرح مختصر المزني ، وله مسائل في الفروع . توفى في رجب سنة (٣٤٥هـ) انظر : طبقات الشيرازي (١١٢،١١٣) طبقات الشافعية للإسنوي (٢٩١/٢) طبقات العبادي ٧٧ .

(٧) هذا استدلال للمخالف على جواز إضافة العتق إلى المولى ، ومنع الإضافة إلى الزوج ، حيث إن الطلاق يحل النكاح ، وهما مشتركان في النكاح ، والعتق يحل الرق ، وهو يختص بالعبد . انظر : المهذب (٨٠/٢) روضة الطالبين (٦٨/٨) .

(٨) في (ن) ، (ع) : [المولى] .

(٩) ساقطة من (ن) ، (ع) .

٢٣٥٥٠ - ولأنه وصف نفسه بما لا يجوز أن يوصف به ، فلا يقع به طلاق ، كما لو قال : أنا معتد منك أو مستبرئ [١] . وهذا الأصل قد اضطربوا فيه فحكوا عن أبي علي الطبري [٢] أنه لا يقع على المرأة بقوله : أنت معتدة ، ولا على الرجل [٣] وهذا ليس بصحيح ، لأن قوله : أنت معتدة يحتمل لأني طلقتك فهو كقوله : أنت محرمة أو بائنة [٤] .

٢٣٥٥١ - و قال غيره : يقع إذا قال [٥] أنا معتد [٦] ويكون معناه : أنا معتد [٧] بطلاقك [٨] ، وهذا لا يصح ، لأن أصل ذلك العدة التي هي الاستبراء .

٢٣٥٥٢ - احتجوا [٩] : بقوله ﷺ : إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى [١٠] وقد بينا الجواب عن هذا الخبر .

٢٣٥٥٣ - قالوا : [١١] روى عن عمر ، وابن مسعود فيمن قال لامرأته : أمرك بيدك فقالت : أنتَ طالق ثلاثًا . قال : تقع عليها واحدة ، وهو أحق بها [١٢] .

٢٣٥٥٤ - قلنا : روي عن ابن عباس أنه قال في هذه القصة أخطأت نواها . [١٣] لأنها ما قالت قد طلقتُ نفسي [١٤] فصارت مسألة خلاف [١٥] .

٢٣٥٥٥ - فإن قيل : ليس في قول ابن عباس تصريح بخلافهما .

---

(١) انظر : شرح الجصاص على مختصر الطحاوي ورقه ٢١٧ .

(٢) هو صاحب الوجوه المشهورة في المذهب أبو علي الحسين بن القاسم الطبرىء - تفقه على أبي علي بن أبي هريرة ، ودرّس ببغداد بعد ابن أبي هريرة صنف في الأصول ، والخلاف والجدل ، وهو أول من صنف في الخلاف المجرد وكتابه يسمى فيه المحرر . مات سنة (٣٥٠) ه انظر : طبقات ابن هداية الله ص ٧٤ طبقات الشيرازي ١١٥ طبقات العبادى ٨٤ طبقات السبكي (٢٨٠/٣، ٢٨١) .

(٣) انظر : الحاوي للماوردي ورقه رقم (٢) .

(٤) انظر : البحر الرائق (٣٢٢/٣، ٣٢٦) .

(٥) في (ن) : [قالت] .

(٦) انظر : الحاوي للماوردي ورقة رقم ٢ .

(٧) في (ن) ، (ع) : [معتدة] .

(٨) انظر : الحاوي الكبير ورقة ٢ .

(٩) انظر : الحاوي الكبير ورقة (٢، ٣) .

(١٠) سبق تخريجه .

(١١) انظر : الحاوي الكبير ورقة رقم ٣ .

(١٢) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف كتاب الطلاق (٥٥/٥، ٥٦) ، وعبد الرزاق في المصنف باب المرأة تملك أمرها فردته هل تستحلف ، (٥٢٠/٦، ٥٢١) وسعيد بن منصور في سننه باب الرجل يجعل أمر امرأته بيدها (٣٧٢/٣) ، البيهقي في السنن الكبرى باب ما جاء في التمليك (٣٤٧/٧/ ٣٤٨) .

(١٣) المعنى لو طلقت نفسها لوقع الطلاق فحين طلقت زوجها لم يقع ، فكانت كمن يخطئه النوء فلا يمطره . النهاية في غريب الحديث (١٢٢/٥/ ١٢٣) .

(١٤) أخرجه سعيد بن منصور في سننه - عن عطاء عن ابن عباس أنه سئل عن رجل جعل أمر امرأته بيدها ، فقالت أنت طالق فقال ابن عباس : خطأ الله نواها .

(١٥) انظر : البحر (٣٠٣/٣) شرح منتهى الإرادات (١٣٢/٣) .

٢٣٥٥٦ - قلنا : إن كان الطلاق عنده واقعًا لم تُخطِئ نواها .

٢٣٥٥٧ - قالوا : كل لفظ صح استعماله فيه بالطلاق مضافًا إلى الزوجة صح استعماله فيه بالإضافة إلى الزوج كقوله : أنا منك بائن ، أو حرام .

٢٣٥٥٨ - وربما قالوا : أحد الزوجين وقع الطلاق مضافًا بإضافته إليه كالمرأة .

٢٣٥٥٩ - وربما قالوا : كل [1] من صح استعمال البينونة والحرام في الطلاق بالإضافة إليه كالزوجة [2] .

٢٣٥٦٠ - قلنا : اعتبار إحدى الإضافتين بالأخرى لا يصح ، إلا أن يبين أن معناها موجود فيها على وجه واحد ، وقد بينا : أن البينونة والتحريم يضاف [3] إلى كل واحد منهما . والطلاق لا يضاف إلى الزوج لفظًا ولا معنى ، فكذلك تعلقت الفرقة بالإضافة الصحيحة ، ولم تتعلق [4] بالإضافة التي لا تصح .

٢٣٥٦١ - يبين ذلك : أن الإضافة بلفظ البينونة لما استوت فيهما ، استوى شرطهما ، فاعتبرت النية في جهة الزوج [5] والمرأة ، فلو كانت الإضافة بالطلاق كذلك استوى شرط الإضافتين ، فلما كان الطلاق يقع عليها بغير نية وقع متى أضيف إليه الطلاق بغير نية أولى [6] ، فدل [7] على خلاف الحكم الإضافتين .

٢٣٥٦٢ - فإن قيل قولكم : إن الطلاق تختص به المرأة . إن أردتم به حكمًا لم نسلم ، لأن حكمه يصح فيها ، وإن أردتم استعمالًا في العادة ، فهو مسلم ، إلا أن [8] ينتقض بلفظ البينونة ، والبت والتحريم ، فإنه يستعمل في [جهتها ، ولا يستعمل في] [9] جهته في العادة ، ومع ذلك يقع به الطلاق .

٢٣٥٦٣ - قلنا : لفظ التحريم والبينونة يستعمل [10] في الرجال ، لأنه يقال حرم عليها ، كما يقال : حرمت عليه ، وبان منها ، كما بانت منه .

٢٣٥٦٤ - ولا يقال : هو طالق منها ، وهي طالق منه [11] فثبت ما قلنا .

---

(١) ساقطة من (ن) ، (ع)

(٢) انظر : النكت ورقة ٢١٨ ، المهذب (٨٠/٢) ، المغني (٢٧٨/٨) ، الشرح الكبير (٢٩٨/٨)

(٣) في (ن) ، (ع) : [مضاف] .

(٤) في (ن) : [يتعلق] .

(٥) في (ن) : [بالزوج] .

(٦) ساقطة من (م) .

(٧) في (م) : [دل] .

(٨) ساقطة من (ن) ، (ع)

(٩) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(١٠) في (ن) ، (ع) : [قد يستعمل] .

(١١) انظر : المبسوط (٧٨/٦) ، البناية (٤٣٣/٤) ، والبحر الرائق (٣٠٢/٣)

مسألة ١١٣٧

إذا قال لامرأته أنت طالق ينوي ثلاثًا

٢٣٥٦٥ - قال أصحابنا : إذا قال لامرأته (١) أنت طالق ينوى ثلاثًا ، [لم يقع إلا واحدة ، (٢)

٢٣٥٦٦ - وقال الشافعي : يقع ثلاثًا] (٣) .

٢٣٥٦٧ - لنا : قوله تعالى : ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ﴾ (٤) . ولم يفصل بين أن ينوى الثلاث ، أو لم ينو (٥) ،

٢٣٥٦٨ - وروي أن ابن عمر طلق امرأته في الحيض ، فأمره النبي ﷺ أن يراجعها ، [ثم ليطلقها طاهرًا ، أو حاملًا] (٦) ، ولم يستحلفه أنه لم يرد ثلاثًا ، ولو احتمل اللفظ ذلك استحلفه ، كما استحلف ركانة في البتة باللّٰه ما أردت إلا واحدة (٧) .

٢٣٥٦٩ - ولأن قوله : أنت طالق ، يقتضي طلقة واحدة ، بدلالة إجماعهم على أنه إذا لم ينو شيئًا كانت واحدة (٨) .

٢٣٥٧٠ - وزعم الشافعي : أن اللفظ مشترك في تناول الواحدة والثلاث (٩) ، ولابد لمدعي ذلك من دلالة إما شرعية ، وإما لغوية . فأما نحن فقد حملنا اللفظ على ما اتفقنا على تناوله (١٠) .

---

(١) ساقطة من (م)

(٢) انظر : هذه المسألة في الجامع الصغير ١٩٣ مختصر الطحاوي (١٩٤، ١٩٥) المبسوط (٧٦/٦) ، بدائع الصنائع (١٠٢/٣، ١٠٣) تبيين الحقائق (١٩٧/٢) رد المحتار (٤٢٩/٢) وهو رواية عن الإمام أحمد انظر : المغني (٤٠٨/٨) ، الشرح الكبير (٣٢٥/٨) ، الفروع (٣٩٥/٥)

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) وهو : قول أبي حنيفة ، الأول ، وقول زفر ومالك والرواية الثانية عن الإمام أحمد . انظر : المبسوط (٧٦/٦) ، الكافي (٥٧٤/٢) ، قوانين الأحكام ٢٥٤ ، الأم للشافعي (٢٧٨/٥) ، المهذب (٨٤/٢) ، الفروع (٣٩٥/٥) ، الكافي (٨٠٣/٢)

(٤) البقرة : ٢٢٩

(٥) انظر : بدائع الصنائع (١٠٣/٣)

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (م)

(٧) انظر : المبسوط ٧٦/٦ ، البحر الرائق ٢٧٥/٣ ، بدائع الصنائع ١٠١/٣

(٨) انظر : البحر الرائق (٢٧٦/٣)

(٩) انظر : الحاوي الكبير ورقة رقم (٥)

(١٠) محل الاتفاق هنا أنه إذا لم ينو به شيئا كانت واحدة ، انظر : البحر (٢٧٥/٣، ٢٧٦) المهذب مع المجموع (٣٣٩/١٨)

٢٣٥٧١ - ولأن قوله أنت طالق صريح ، والنية لا تسلط على الصريح ، فتصرفه من وجه إلى وجه ، وإذا سقطت النية ، فكأنه أطلق اللفظ (١) ولأنه صريح في الإيقاع ، [فإذا نوى به العدد لم يقع كمن قال] : (٢) أنت على كظهر أمي ، ونوى ظهارين (٣) .

٢٣٥٧٢ - ولا يلزم إذا قال : أنت الطلاق ، لأن هذا ليس بصريح في الإيقاع (٤) عندنا (٥) .

٢٣٥٧٣ - ولا يلزم إذا قال : طلقي نفسك ، لأنه أمر ، وليس بصريح إيقاع (٦) ولأن ما لا يقع بإطلاق قوله : أنت طالق ، لا يقع به ، وبالنية ، كالواحدة البائنة (٧) ولأن البينونة أقرب إلى صريح الطلاق من الثلاث ، لأن الواحدة تصير بائنة بمضي المدة ، ولا تصير ثلاثًا أبدًا ، فإذا لم تعمل نيته في إيقاع البينونة بهذا اللفظ فلأن لا (٨) تقع الثلاث أولى (٩) ولأن الثلاث أحد نوعي البينونة ، فلا يقع بقوله : أنت طالق وإن نوى كالواحدة البائنة (١٠) .

---

(١) في (م) (ن) : [اللفظ] . انظر : البحر الرائق (٣/٢٧٦)
(٢) ما بين المعكوفتين ساقط (م) ، (ن) ، (ع) .
(٣) في (م) : [طهارين] . (٤) ساقطة من (ن) ، (ع)
(٥) قال في المبسوط : « كذلك قوله أنت الطلاق ، فمعناه أنت طالق الطلاق ، حتى تتسع فيه نية الثلاث ، وقد يذكر المصدر ويراد به الفعل ، يقال إنما هو إقبال وإدبار ، على سبيل النعت للمقبل والمدبر المبسوط (٦/٧٧) ، بدائع الصنائع (٣/١٠٤) الاختيار (٣/٧٥) ولما كان اللفظ يتسع لثلاث تطليقات ، فهو ليس بصريح في الإيقاع لأن الصريح لا يقع به إلا واحدة .
(٦) قال في المبسوط : بخلاف قوله « طلقي نفسك » فإن نية العدد لا تعمل هناك عندنا ، حتى لو نوى الثنتين لا يصح ، ونية الثلاث إنما تصح باعتبار معنى العموم ، لأنه تفويض ، والتفويض قد يكون عامًا وقد يكون خاصًا ، والمفوض إليها بهذا اللفظ طلاق ، وذلك ثابت في هذا اللفظ لغة ، والطلاق بمنزلة أسماء الأجناس يحتمل العموم والخصوص فتعمل نيته في العموم . المبسوط (٦/٧٦،٧٧)
(٧) في (م) : [الثانية] . مراد المصنف : أن قوله : أنت طالق عند الإطلاق لا يقع به إلا واحدة ، ولا يقع به ثلاثًا ، فكذا إذا نوى به الثلاث لا يقع به إلا واحدة ، كما لو نوى به الإبانة فإنه لا تصح فيه الإبانة انظر : البحر الرائق (٣/٢٧٥،٢٧٦)
(٨) ساقطة من (م)
(٩) انظر : بدائع الصنائع (٣/١٠٢،١٠٣)
(١٠) قال في بدائع الصنائع : « ولو قال لامرأته أنت طالق ، ونوى به الإبانة فقد لغت نيته ، لأنه نوى تغيير الشرع ، لأن الشرع أثبت البينونة بهذا اللفظ مؤجلًا إلى ما بعد انقضاء العدة ، فإذا نوى إبانتها للحال معجلًا ، فقد نوى تغيير الشرع ، وليس له هذه الولاية فبطلت نيته . بدائع الصنائع (٣/١٠٢،١٠٣) وبهذا تبين أنه لو نوى الواحدة البائنة بقوله : أنت طالق ، لا يقع كما لو نوى الثلاث لا يقع .

٢٣٥٧٤ - احتجوا بأن قوله : أنت طالق اسم فاعل [١] يقال : طلقت وهي طالق ، كما يقال : حاضت فهي حائض ، وحملت فهي حامل ، وخرج فهو خارج ، وضرب فهو ضارب ، واسم الفاعل يتضمن العدد ، فدل ذلك على أنه يحسن أن يفسره بما شاء من المصادر . فنقول : أنت طالق تطليقة واحدة ، وتطليقتين ، وثلاث تطليقات ، كما يقول : أنت ضارب ضربة ، وضربتين ، وثلاث ضربات . وما يقال من العدد الذي لا يحصى . ولو كان الاسم لا يحتمل العدد ، لم يحسن أن يفسر به [٢] .

٢٣٥٧٥ - قلنا : إذا سلمنا أن طالق اسم فاعل على اختلاف فيه [٣] ، لم نسلم أنه يتضمن العدد ، فإذا قال : أنت طالق مرتين فهذا ظرف [٤] زمان [٥] فإذًا العدد بالمعنى لأن التقدير أنت طالق في زمانين ، والفعل الواحد لا يكون في زمانين ، فثبت أن التطليقتين من طريق المعنى . فإذا قال : تطليقتين ، فهذا مصدر [٦] وليس بعدد [٧] .

٢٣٥٧٦ - فإذا قال : ثنتين ، احتمل أن يكون ظرف زمان ، واحتمل أن يكون صفة المصدر ، ويكون تقديره : أنت طالق [تطليقتين ثنتين ، فإن قال : ثلاثًا ، احتمل أن يكون ظرف زمان ، واحتمل أن يكون صفة المصدر فتقديره أنت طالق] [٨] ثلاثًا [٩] .

٢٣٥٧٧ - قالوا : لما حسن التفسير [١٠] بالثلاث [١١] في قوله : أنت طالق ثلاثًا . دل على أنه يتضمن العدد [١٢] .

---

(١) اسم الفاعل هو : الصفة الدالة على فاعل ، جارية في التذكير والتأنيث على المضارع من أفعالها ، لمعناه أو معنى الماضي - شرح التسهيل (٧٠/٣)

(٢) انظر : المبسوط (٧٦/٦) ، النكت ورقة ٢١٨ ، والمهذب (٨٤/٢)، المغني (٤٠٩/٨) ، الشرح الكبير (٣٢٥/٨)

(٣) الاختلاف هنا في المعني فإنه يأتي بمعني فاعل ، ويأتي بمعنى مفعول ، بدائع الصنائع (١٠٣/٣) .

(٤) في (م) : [طرف] وفي (ع) : [صرب] .

(٥) ظرف الزمان هو : اسم ضُمِّن معنى في باطراد . انظر : شرح ابن عقيل على ألفية ابن مالك (١٩١/٢) .

(٦) هو : الاسم الدال على الحدث الجاري على الفعل - قطر الندى وبل الصدى لابن هشام ص ٢٦٠

(٧) في (ن) ، (ع) : [بعده] .

(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) ومستدرك في الهامش .

(٩) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(١٠) ويقال له أيضًا التبيين والتمييز ، وهو : كل اسم نكرة مضمن معنى من لبيان ما قبله من إبهام ، في اسم يحمل الحقيقة أو إجمال في نسبة العامل إلى فاعله أو مفعوله . انظر : شرح ألفية ابن مالك ص ٣٤٦ لابن الناظم .

(١١) ساقطة من (م) .

(١٢) انظر : النكت ورقة ٢١٨ ، مغني المحتاج (٢٩٤/٣) ، زاد المحتاج (٣٧٩/٣) ، المغني (٤٠٩/٨) .

٢٣٥٧٨ – قلنا : هذا غلط ، لأن قوله « ثلاثًا » ليس بتفسير وإنما هو صفة للمصدر أو ظرف زمان ، فكأنه قال : أنت طالق في ثلاثة أزمان وهذا [١] يدل على أن ذلك التفسير [٢] إنما يكون بعدد مبهم تقدم . تقول : عندي عشرون ، فيحتمل الدراهم ، والدنانير ، فتقول : درهما يتبين به [٣] ذلك المبهم [٤] .

٢٣٥٧٩ – وقوله : أنت طالق ليس بمبهم ، وإنما هو كلام مفهوم ، فلا معنى للتفسير ، ويدل عليه ما قالوا : إن التفسير لا يكون إلا في نكرة ولا يدخل فيه الألف واللام تقول : عشرون رجلًا ، ولا تقول عشرون الرجل .

٢٣٥٨٠ – فلما صح أن تقول : أنت طالق ثلاثًا ، وأنت طالق الثلاث ، علم أنه ليس بتفسير .

٢٣٥٨١ – ويدل عليه أنهم قالوا : التفسير تدخل عليه من ، ويكون المعنى في دخولها / كالمعنى مع عدمها تقول : عشرون درهما وعشرون من الدراهم ويا حبذا جبل الريان [من جبل] [٥] .

٦٥أ

٢٣٥٨٢ – فكأنه قال [٦] : يا حبذا جبل الريان جبلًا [٧] ومعلوم أنه لو [٨] قال : أنت طالق من الثلاث لم يفد ذلك ما يفيده قوله : أنت طالق ثلاثًا . فعلم أن ذلك ليس بتفسير .

٢٣٥٨٣ – قالوا : لو قال لامرأته : أنت طالق ثلاثًا ، وقعت ثلاث تطليقات ، ولا يجوز أن يقع بقوله : أنت طالق ، لأنه لا يجوز أن يقع عليها الطلاق بلفظ بعد لفظ . ألا ترى : أنه لو قال لها : أنت طالق و[٩] طالق ، وقعت الأولى ولم تقع الثانية [١٠] .

٢٣٥٨٤ – قلنا : إذا قال : أنت طالق ثلاثًا وقع بهذه الجملة الثلاث [١١] وليس إذا دل

---

(١) ساقطة (م) ، (ن) ، (ع) . (٢) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٣) ساقطة من (ع) .

(٤) انظر : شرح التسهيل لابن مالك (٢٩٠، ٣٧٩) ، شرح ألفية ابن مالك لابن الناظم ص٣٤٦ .

(٥) هذا صدر بيت لجرير قاله في معرض قصيدة يهجو بها الأخطل بعنوان يا حبذا جبل الريان وتكملة البيت وحبذا ساكن الريان من كانًا . انظر : ديوان جرير ص ٤٩٣ وقد استشهد به المصنف هنا على أن التفسير قد دخلت عليه ، من ، والمعنى مع دخولها كالمعنى مع عدمها .

(٦) في (م) : [فكأنه قال فكأنه قال] وهي زيادة مكررة .

(٧) انظر : شرح المفصل لابن يعيش (٧٠/٢) . (٨) ساقط من (م) .

(٩) ساقط من (ن) ، (ع) . (١٠) انظر : النكت ورقة ٢١٨ .

(١١) انظر : المبسوط (٧٦/٦) .

اللفظ على الثلاث بانضمام لفظ آخر إليه يدل على أنه يتضمنه .

٢٣٥٨٥ - ألا ترى : أن قولنا : عشرة إلا واحدًا [١] يفيد تسعة [٢] لانضمام الاستثناء إليه .

٢٣٥٨٦ - ولا يدل ذلك على أن اللفظ يتضمنه قبل القرينة . فأما غير المدخول بها ، فإنما وقع عليها الثلاث بقوله : أنت طالق ثلاثًا ، لأنها جملة واحدة تنعقد لفائدة بجميعها ، فلا يتعلق ببعضها ، فإذا كان ذلك وقف الوقوع على تمام الكلام ، ولم يقع بعضه دون بعض [٣] وليس كذلك قوله أنت طالق ، وطالق [٤] لأنهما [٥] جملتان كل واحدة منهما مفيدة ، فتقع الأولى قبل الثانية [٦]

٢٣٥٨٧ - ولهذا قال أصحابنا : فيمن أراد أن يقول : أنت طالق ثلاثًا ، فلما قال : طالق مات [٧] قبل ذكر الثلاث لم يقع عليها شيء [٨] لأن الوقوع يكون عند تمام الجملة [٩]

٢٣٥٨٨ - قالوا : كل لفظ لو أضافه إلى الزوجة ملكت إيقاع الثلاث بها ، [وجب أن يملك هو إيقاع الثلاث بها] [١٠] كقوله : أنت بائن ، وأبيني نفسك [١١]

٢٣٥٨٩ - قلنا : هذا يبطل بلفظ الخيار ، لأنه إذا قال لها : اختاري ينوى ثلاثًا ملكت إيقاع الثلاث بهذا اللفظ عندهم ، ولو أوقع الزوج عليها بقولها : اخترت لم يقع [١٢] ولأنه إذا « فوض » إليها فقد أمرها ، والأمر يحتمل العدد [١٣] فإذا أوقع [١٤]

---

(١) في (م) ، (ن) : [واحدة] .

(٢) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٣) انظر : البحر الرائق (٣١٤/٣) ، والاختيار (٨٣/٣) .

(٤) ساقطة من (م) .

(٥) في (م) : [لأنها] .

(٦) انظر : مختصر الطحاوي ١٩٧ ، البناية (٤٦٠/٤) ، تبيين الحقائق (٢١٣/٢) .

(٧) ساقطة من (م) .

(٨) ما نقله المصنف عن الأحناف يوافق ما جاء في المبسوط ، ونقل في البحر عن الخانية والمعراج أنه لو أراد أن يقول أنت طالق ثلاثًا ، فلما قال : أنت طالق . مات وقع واحدة . انظر : المبسوط (١٩٨/٦) ، البحر الرائق (٣١٦/٣) .

(٩) انظر : المبسوط (٨٩/٦) ، الهداية (٢٤٠/١) ، البناية (٤٦٣/٤) ، البحر (٣١٥/٣) .

(١٠) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) ومستدرك في الهامش .

(١١) انظر : النكت ورقة ٢١٨ ، المبسوط (٧٦/٦) .

(١٢) انظر : المهذب (٨٢/٢) ، روضة الطالبين (٤٩/٨) ، المجموع (١٢٥/١٧) .

(١٣) انظر : المبسوط (٧٦/٦،٧٧) ، بدائع الصنائع (١٠٤/٣) .

(١٤) في (ن) ، (ع) : [وقع] .

فقد وصف و[1] الوصف لا يتضمن العدد على ما بينا ، والمعنى في قوله : أنت بائن . أنه إيقاع بينونة وهي على ضربين ، فإن نوى الثلاث فقد أراد أحد النوعين ، فيحمل [2] على ذلك ، فأما أن يقع من حيث العدد فلا [3] .

٢٣٥٩٠ – ولأن قوله : أنت باين كناية ، والكنايات تتسلط [4] النية عليها فتصرفها من وجه إلى وجه ، لأن أصل وقوعها يقف على النية ، فكذلك [5] كيفية الوقوع [6] وأما الصريح ، فلا تسلط النية عليه لأن ابتداء وقوعه لا يقف عليها ، فلا يتصرف بها من وجه إلى وجه [7]

٢٣٥٩١ – قالوا : كل لفظة صح استعمالها في المطلقة الواحدة ، صح استعمالها في الثلاث ، كقوله : [أنت خلية [8] وأنت بائن [9] .

٢٣٥٩٢ – قلنا : الخلية ، والبائن لا يصح استعمالهما في الثلاث] [10] عندنا وإنما نستعملها في البينونة العظمى ، فتتبع البينونة العدد الذي يفتقر إليه ، ويصير ذلك مضمرًا في الإيقاع فكأنه قال : بائن بالثلاث [11]

٢٣٥٩٣ – [وقوله : أنت طالق ، لا يتضمن بينونة ، حتى يصح أن يحصل على الثلاث] [12] .

٢٣٥٩٤ – قالوا : لو اقترن به ذكر الثلاث وقع به ثلاث تطليقات ، فإذا اقترن به [13] نية الثلاث وجب أن يقع به ثلاث تطليقات ، كما لو قال : أنت بائن [14] .

٢٣٥٩٥ – قلنا : لا نسلم أن الثلاث إذا اقترن بها طالق ، وقعت الثلاث ، كقوله :

---

(١) ساقطة من (م) . (٢) في (م) : [محمل] .
(٣) انظر : الاختيار (٨٦،٨٥/٣) ، بدائع الصنائع (١٠٣/٣) .
(٤) في (ن) ، (ع) : [تتسط] . (٥) في (م) : [فلذلك] .
(٦) انظر : الهداية (٢٤١/١) ، فتح القدير (٦١/٤) ، تبيين الحقائق (١٩٧/٢) .
(٧) انظر : البحر الرائق (٢٧٦/٣) ، الاختيار (٧٤/٣) .
(٨) الخلية من الخُلو بضم الخاء يقال خلا الإناء مما فيه أي : خال ، ومنه أنت خلية أي خالية من الخير ، المغرب ١٥٣ .
(٩) انظر : الحاوي الكبير ورقة (٥) . (١٠) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .
(١١) انظر : بدائع الصنائع (١٠٣/٣) .
(١٢) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ومستدرك في الهامش . انظر : بدائع الصنائع (١٠٣/٣) .
(١٣) ساقطة من (ن) ، (ع) .
(١٤) انظر : الشرح الكبير (٣٢٥/٨) ، المبدع (٢٩٣/٧) .

أنت طالق ، وإنما يقع بجملة الكلام [1] ولأنه ليس إذا أفاد اللفظ معنى بانضمام غيره إليه ، أفاده بانضمام النية إليه .

٢٣٥٩٦ - ألا ترى : أنه لو قال : عشرة إلا واحدًا [2] أفادت تسعة ، ولو قال : عشرة ينوي تسعة لم يثبت الاستثناء بنيته ، والمعنى في قوله : أنت بائن [3] ما قدمنا .

٢٣٥٩٧ - قالوا : [لو قال] [4] : أنت [5] طالق للسنة . ونوى به الثلاث وقعت ، فلو كان قوله : أنت طالق لا يحتمل إلا تطليقة واحدة ، كان قوله : للسنة راجعًا إليها ، فكأنه تقع واحدة في وقت السنة [6] .

٢٣٥٩٨ - قلنا : إذا قال للسنة فهذه الأيام كناية عن أوقات السنة وهي ذات عدد متى أضاف الطلاق وينوى ذو عدد إلى] [7] أوقات ذات عدد ، فكأنه أضافه إلى الثلاث ، وقال : أنت طالق [ثلاثًا .

٢٣٥٩٩ - قالوا : لو قال لها : أنت طالق] [8] وأشار بأصابعه الثلاث وقعت ثلاث تطليقات ، واقتران النية إليه بقوله : أنت طالق أقوى من الإشارة

٢٣٦٠٠ - قلنا : هذا غير مسلم ، لأن من قال : أنت طالق وأشار بأصابعه لم يقع لا واحدة ، وإنما يقع [9] الثلاث ، إذا أشار وقال أنت طالق هكذا ، يقوله إشارة إلى ماله عدد ، كقوله أنت طالق ثلاثًا [10] .

٢٣٦٠١ - قالوا : لو قال لها : أنت طالق طلاقًا ونوى الثلاث كان ثلاثًا ، وقوله طلاقا مصدر ، والمصدر لا يغير معنى الكلام ، وإنما يؤكده [11] فلولا أن قوله أنت طالق يتضمن الثلاث لم يفد [12] المصدر ذلك . وكذلك : أنت طالق الطلاق [13] .

---

(١) انظر : المبسوط (٨٩/٦) .
(٢) في (ن) ، (ع) : [واحدة] .
(٣) في (ن) ، (ع) : [أنت طالق] .
(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .
(٥) ساقطة من (م) .
(٦) انظر : الحاوي الكبير ورقة (٥) .
(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) ومستدرك في الهامش .
(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .
(٩) في (ن) ، (ع) : [لا يقع] .
(١٠) قال في الهداية : من قال لامرأته أنت طالق هكذا يشير بالإبهام والسبابة والوسطى فهي ثلاث ، لأن الإشارة بالأصابع تفيد العلم بالعدد ، في مجرى العادة إذا اقترنت بالعدد المبهم ، قال عليه الصلاة والسلام الشهر هكذا وهكذا وهكذا . الحديث ، ولو لم يقل هكذا تقع واحدة ، لأنه لم يقترن بالعدد المبهم ، فبقى الاعتبار بقوله أنت طالق . انظر : الهداية (٢٣٨/١) .
(١١) في (م) : [يؤكد] وما أثبتناه أنسب .
(١٢) في (ع) : [يغدر] .
(١٣) انظر : المبسوط (٧٦/٦) ، النكت ورقة ٢١٨ .

٢٣٦٠٢ - قلنا : قوله : أنت طالق الطلاق بمنزلة قوله : أنت طالق كل الطلاق ، لأن الألف واللام تجري مجرى الكل فقد أراد بالكلام بعض ما وضع له (١) وأما قوله : أنت طالق طلاقًا فقد روي بشر (٢) عن أبي يوسف عن أبي حنيفة أنه لا يقع به إلا واحدة ، (٣) وفرق بينه وبين الطلاق ، لأن (٤) تنكيره يقصره على أن يكون مؤكدًا ، ليس فيه زيادة على ما تتضمنه (٥) .

٢٣٦٠٣ - وذكر محمد في الأصل (٦) والجامع الكبير (٧) أنه يكون ثلاثًا ، وسوى بينه وبين قوله : الطلاق وطلاقًا (٨) لأنه لا فرق بين قوله : أنت طالق الثلاث وأنت طالق ثلاثًا فكأنه قال : أنت طالق طلاقًا (٩) ثلاثًا ، ثم حذف الصفة وأرادها ، وقد جاء حذف الصفة وإرادتها في القرآن قال تعالى : ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ﴾ (١٠) فأراد غير المملوك ، فحذف الصفة وأرادها ، وقال ﴿ وَلَهُۥٓ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا

(١) انظر : المبسوط (٧٧/٦) .

(٢) هو : بشر بن الوليد بن خالد الكندي القاضي ، أحد أصحاب أبي يوسف خاصة ، أخذ الفقه عن أبي يوسف وروى عنه كتبه وأماليه ، وسمع مالك ، وحماد بن زيد وغيرهما وروى عنه أبو نعيم الموطي والبغوي ، وأبو يعلي وغيره ، وثقه أبو داود والدارقطني . مات سنة ٢٣٨ ه . انظر : طبقات الشيرازي ١٣٨ الفوائد البهية (٥٤،٥٥) الجواهر المضية (٤٥٢/١) أخبار أبي حنيفة وأصحابه للصمري ١٥٥ تاريخ بغداد (٨٠٨٤/٧) .

(٣) انظر : بدائع الصنائع (١٠٤/٣) ، فتح القدير (١٢/٤) ، المبسوط (٧٧/٦) .

(٤) في (ن) ، (ع) : [لا] .

(٥) قال في بدائع الصنائع : وجه هذه الرواية أنه ذكر المصدر للتأكيد ، لما ذكرنا أن قوله « طالق » يقتضي الطلاق ، فكأنه قال طلاقًا تنصيصًا على المصدر الذي اقتضاه الطالق ، فكان تأكيدًا ، كما يقال : قمت قيامًا وأكلت أكلًا ، فلا يفيد إلا ما أفاده المؤكد ، وهو قوله « طالق ، » فلا يقع إلا واحدة ، كما لو قال : أنت طالق ونوى ثلاثًا ، إلا أن هذه الرواية غير مشهورة ، بدائع الصنائع (١٠٣/٣) .

(٦) انظر : الأصل ١٥ ورقة ٢٢٧ للإمام محمد بن الحسن الشيباني تحت رقم ٢٠٦٦ رافعي ٢٦٩٠٥ .

(٧) لم يورد محمد بن الحسن ذلك في كتاب الطلاق من الجامع الكبير ، ولعل مراد المصنف الجامع الصغير فقد جاء فيه [وإن قال : أنت طالق طلاقًا وأنت طالق الطلاق وأنت الطلاق ونوى واحدة أو اثنتين فهي واحدة ، يملك الرجعة . وإن نوى ثلاثًا فثلاث الجامع الصغير (١٩٣،١٩٤) .

(٨) وهذا هو المنقول في كتب ظاهر الرواية ، ووجهه أن قوله طلاقًا مصدر ، فيحتمل كل جنس الطلاق ، لأن المصدر يقع على الواحد ويحتمل الكل . بدائع الصنائع (١٠٣/٣) .

(٩) في (م) : [طلاق] .

(١٠) سورة النساء : الآية ١١ .

ٱلسُّدُسُ ﴾ (١) أي (٢) [له أخ أو أخت] (٣) من أم (٤) وقد جاء حذف (٥) الموصوف وتبقية الصفة ، قال الله تعالى ﴿وَمِنْ أَهْلِ ٱلْمَدِينَةِ مَرَدُوا۟ عَلَى ٱلنِّفَاقِ ﴾ (٦) أي : منافقون مردوا و(٧) كقوله : ﴿ وَمِنَّا دُونَ ذَٰلِكَ ﴾ (٨) أي : ومنا فريق دون ذلك (٩) .

٢٣٦٠٤ – والذي قاله الشافعي : في هذه المسألة لا وجه له ، لأنه جوز حذف الموصوف والصفة ، والذي جاء حذف أحدهما ، وهو اتساع (١٠) فإذا حذفا (١١) قبح ذلك ، واستعمل فيما لم يرد [عن العرب] (١٢) والحذف اتساع فلا يجوز القياس (١٣) عليه ، وإذا لم يصح حذفهما لم يجز أن يريد بقوله : أنت طالق الثلاث ، ويصير كمن قال : أنت طالق طلاقًا ثلاثًا .

* * *

---

(١) سورة النساء : الآية ١٢ .
(٢) ساقطة من (م) .
(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .
(٤) انظر : شرح التسهيل (٣٢٤/٣) ، المساعد على تسهيل الفوائد ج (٤٢٢/٢) .
(٥) ساقط من (ن) ، (ع) .
(٦) سورة التوبة : الآية ١٠١ .
(٧) ساقطة (م) ، (ن) ، (ع) .
(٨) سورة الجن : الآية ١١ .
(٩) انظر : شرح التسهيل (٣٢٠/٣) شرح المفصل ٥٩/٣ وما بعدها شرح الرضي على الكافية (٣٢٤/٢) للعلامة حسن بن محمد شرف شاة .
(١٠) في (ن) ، (ع) : [إقناع] .
(١١) في (ن) : [حذفا] .
(١٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .
(١٣) في (م) : [القيام] .

وقوع الطلاق بالكتابة

٢٣٦٠٥ - قال أصحابنا : إذا كتب بطلاق امرأته ، ونوى بذلك الطلاق وقع [(١)] .

٢٣٦٠٦ - وهو قول الشافعي : في المزني [(٢)] . وقال في كتاب الرجعة : لا يكون طلاقًا [(٣)] .

٢٣٦٠٧ - لنا : أن الكتابة تقوم مقام الكاتب [(٤)] بدلالة أن النبي ﷺ كان مأمورًا بدعاء جميع الناس إلى الإسلام ، ثم كتب إلى كسري [(٥)] وقيصر [(٦)] فقام ذلك مقام

---

(١) إذا كتب بطلاق امرأته فالكتابة على أنواع :
أولًا : إذا كتب كتابة غير مستبينة الحروف كما إذا كتب على الماء والهواء فهذا ليس بشيء ، لأنه لا يسمى كتابة .
ثانيًا : إذا كتب كتابة مستبينة الخط ، ولكن ليس على رسم الكتابة ، بأن كانت على لوح أو حائط أو أرض ، فهو في حكم الكتابة .
ثالثًا : إذا كانت الكتابة على رسم الكتابة والرسالة قبل أن يكتب : أما بعد يا فلانة إذا أتى إليك كتابى فأنت طالق فإنه يقع به الطلاق من غير نية ، ولا يصدق أنه ما نوى ، لأن الكتاب قيد الغائب بمنزلة الخطاب من الحاضر ، ثم إن كان كتب مطلقًا وقال أنت طالق يقع الطلاق كما كتب ولا يتوقف على الوصول إليها ، وإن علقه بشرط الوصول بأن قال : إذا وصل إليك كتابى فإنه لا يقع الطلاق مالم يصل إليها لأن المعلق بالشرط لا ينزل قبل وجوده انظر : المبسوط ١٤٣/٦) ، تحفة الفقهاء (٢٧٧/٢) ، بدائع الصنائع (١٠٩/٣) ، البحر الرائق (٢٦٧/٣) ، رد المحتار (٢٤٨/٢) .

(٢) هذا هو الصحيح في المذهب كما صرح به صاحب المهذب . انظر : مختصر المزني (٢٩٦/٨) المهذب (٨٣/٢) .

(٣) الأم (٢٦٢/٥) ، المهذب (٨٣/٢) .

(٤) في (ص) : [الكتاب] .

(٥) لقب لكل ملوك الفرس ، وهو هنا يزدجرد بن شهريار ، وهو عظيم الفرس في العراق وحواليها قتل سنة (٣٠) من الهجرة . انظر : طبقات ابن سعد (٢٥٩/١) شذرات الذهب (٣٧/١) المنتظم في تاريخ الأمم والملوك (٨/٥) .

(٦) في (ن) ، (ع) : [قيصر] . لقب لكل ملوك الروم واسمه هنا هرقل بكسر الهاء وفتح الراء على المشهور وقال الجوهري يقال : أيضًا هرقل بإسكان الراء انظر : طبقات ابن سعد (٢٥٩/١) ، تهذيب الأسماء واللغات (٦٦/١) للإمام يحيى بن شرف الدين النووي . أخرجه البخاري في صحيحه باب دعوة اليهود والنصارى على ما يقاتلون عليه . فتح الباري (١٠٨/٦) ومسلم في صحيحه باب كتب النبي ﷺ إلى ملوك يدعوهم إلى الله ﷻ من حديث أنس ﷺ (١٣٩٧/٣) . أما كتاب قيصر فأخرجه البخاري باب دعوة اليهود والنصارى وعلى ما يقاتلون عليه . فتح الباري (١٠٩/٦) . ومسلم في صحيحه ، باب كتاب النبي ﷺ إلى هرقل يدعوه إلى الإسلام (١٣٩٣/٣) .

دعائهما إلى الإسلام بالكلام [١] .

٢٣٦٠٨ – ولأن الكتابة حروف منظومة تدل [٢] على معنى مفهوم كالكلام [٣] ولأنها تقوم في بيان المعنى مقام الكلام ، والطلاق يقع بما يقوم مقام الغير ، كالكتابة [٤] .

٢٣٦٠٩ – ولأن الكتابة تتعلق بها الأحكام ، بدلالة كتاب القاضي إلى القاضى تثبت به الديون والحقوق ، فصار كالقول الذي يثبت به الدين [٥] .

٢٣٦١٠ – احتجوا : بأنه فعل ، فلا يقع به الطلاق مع القدرة على القول كالضرب [٦] .

٢٣٦١١ – قلنا : قولكم مع القدرة لا تأثير له في الأصل ، لأن الضرب لا يقع به الطلاق مع القدرة والعجز ، والمعنى فيه أنه لا يدل على الطلاق فلم يقع به ، وليس كذلك الكتابة ، لأنها تدل على الطلاق كالكلام .

٢٣٦١٢ – قالوا : عقد النكاح لا ينعقد بالكتابة ، فكذلك قطعه كالبيع [٧] .

٢٣٦١٣ – قلنا : [٨] عندنا ينعقد [٩] البيع ، والنكاح بالكتابة ويثبت به الطلاق ، والإقالة [١٠] . قالوا : الكتابة بصريح الطلاق لا يقع به شيء بغير نية ، فلو وقع به الطلاق ، لم تفتقر إلى النية كالكلام [١١] .

٢٣٦١٤ – قلنا : إذا كتب على وجه لا احتمال فيه وقع الطلاق عندنا بغير نية ، كمن كتب مخاطبًا لها ، فقال : أما بعد يا فلانة إذا وصل كتابي إليك فأنت طالق ، فإن لم يكتب على طريقة المخاطبة ، لكنه كتب فلانة طالق ، فإنما يحتاج إلى النية ، لأنه يحتمل [١٢] أن يكون أوقع بهذا اللفظ ، ويحتمل أن يكون قصد إلى تجويد الخط ، فلم

---

(١) انظر : بدائع الصنائع (١٠٩/٣) ، المبسوط (١٤٣/٦) ، الشرح الكبير (٢٨٣/٨) .
(٢) ساقط من (ع) .
(٣) انظر : المهذب (٨٣/٢) ، مغني المحتاج (٨٤/٣) .
(٤) المبسوط (١٤٣/٦) ، الشرح الكبير (٢٨٣/٨) ، المبدع (٢٧٣/٧) .
(٥) انظر : الشرح الكبير خ (٣٨٣/٨) ، المبدع (٢٧٣/٧) .
(٦) انظر : الحاوي الكبير ورقة (١٠) .
(٧) انظر : الحاوي الكبير ورقة (١٠) .
(٨) ساقطة في (م) .
(٩) ساقطة من (ن) ، (ع) .
(١٠) انظر : بدائع الصنائع (١٣١/٢، ٣٨/٥) ، رد المحتار (١٠/٤) .
(١١) انظر : الحاوي الكبير ورقة (١١) .
(١٢) في (م) : [لا يحتمل] .

يحمل على الطلاق ، إلا بالنية [١] كما لا يحمل اللفظ المحتمل . فأما اللفظ الصريح فلا احتمال فيه ، لعرف الاستعمال ، فلم يفتقر إلى نية ، ولا عرف في الكتابة . قالوا : لو كتب كتابة لا تستبين ، ونوى الطلاق لم يقع [٢]

٢٣٦١٥ – قلنا : الكتابة [التي لا تستبين كالكلام الذي لا يستبين فلا يقع به شيء [٣] والكتابة المستبينة كالكلام المفهوم فيقع به الطلاق [٤] .

٢٣٦١٦ – قالوا : [٥] الكتابة] [٦] فعل كالإشارة ، [٧] .

٢٣٦١٧ – قلنا [٨] : الإشارة إذا فهم بها [٩] المعنى ، وقع بها الطلاق ، باتفاق كالإشارة من الأخرس [١٠] فأما إشارة الصحيح فلا عرف يدل على معناها ، فلم يقع بها الطلاق [١١] .

* * *

---

(١) انظر : بدائع الصنائع (١٠٩/٣) ، البحر الرائق (٦٧/٣) ، رد المحتار (٤٢٢/٢) .

(٢) انظر : الحاوي الكبير ورقة (١١) .

(٣) في (م) : [ونوى الطلاق لم يقع قلنا : الكتابة التي لا تستبين كالكلام الذي لا يستبين فلا يقع به شيء] وهي زيادة مكررة لا وجه لها .

(٤) انظر : البحر الرائق (٢٦٧/٣) .

(٥) في (ن) ، (ع) : [قلنا] .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) . وفي صلب (ص) ومستدرك في الهامش .

(٧) انظر : المجموع (١١٩/١٧) .

(٨) ساقطة (م) ، (ن) ، (ع) .

(٩) في (م) ، (ن) : [بهماً] .

(١٠) انظر : الأم (٢٦٢/٥) ، والهداية (٢٣٠/١) ، وفتح القدير (٣٤٨/٣) ، البحر الرائق (٢٦٧/٣) .

(١١) انظر : تبيين الحقائق (١٩٦/٢) .

النية في الاختيار للزوج

٢٣٦١٨ - قال أصحابنا : إذا قال لزوجته : اختاري ينوي الطلاق فقالت : اخترت نفسي وقع الطلاق ، وإن لم ينو الطلاق [١] .

٢٣٦١٩ - وقال الشافعي : إن نوت المرأة باختيارها نفسها لفرقته وقع ، وإن لم ينو لم يقع شيء [٢] .

/ب ٢٣٦٢٠ - لنا : أن الصحابة اختلفوا في رجل [٣] خيَّر [٤] امرأته فاختارت / نفسها ، فمنهم من قال : طلاق بائن [٥] ومنهم من قال : ثلاثًا [٦] ولم ينقل عن أحد منهم اعتبار النية .

٢٣٦٢١ - ولأنه علق الطلاق بفعلها ، ولا تعتبر نيتها ، كما لو قال : إن دخلت الدار فأنت طالق فدخلت [٧] ولأنه خيرها بين البقاء على النكاح ، وبين الطلاق ، فلو اختارت تبقية النكاح لاختارت الزوج ، أو أمسكت ، فلما اختارت نفسها دل ذلك على اختيار الفرقة ، فلا يحتاج إلى النية .

---

(١) إذا قال لها اختاري فلابد من ذكر النفس في أحد الكلامين ، إما في تفويض الزوج وإما في جواب المرأة ، بأن يقول لها اختاري نفسك وتقول : اخترت انظر : هذه المسألة في الجامع الصغير (٢٠٣،٢٠٤) مختصر الطحاوي ١٩٧ المبسوط (٢١١/٦) ، تحفة الفقهاء (٢٨٥/٢) ، الهداية (٢٤٣/١)

(٢) انظر : المهذب (٨٢/٢) ، روضة الطالبين (٤٩/٨) ، حلية العلماء (٤٠/٧) للإمام القفال الشاشي التفريع (٩٠/٢)

(٣) ساقطة من (م) .

(٤) في (ن) : [جيد] .

(٥) عبد الرزاق في المصنف عن زاذان (٥٩/٥) ، والبيهقي في السنن الكبرى باب ما جاء في الاختيار (٣٤٥/٧ ، ٣٤٦) .

(٦) روي ذلك عنه عبد الرزاق في المصنف (١٠،٩/٧) ، وابن أبي شيبة في المصنف (٦٠/٥) . والبيهقي في السنن الكبرى (٣٤٥/٧)

(٧) إذا علق الطلاق بفعلها كأن قال لها : إن دخلت الدار فأنت طالق ، ووجد الشرط في ملك ، انحلت اليمين ووقع الطلاق ، لأن الشرط وجد والمحل قابل للجزاء ، فينزل وينتهي اليمين ، ولا تعلق لهذا بالنية ، فمتى وجد الشرط وقع الطلاق ، بدائع الصنائع (١٢٦/٣) - الاختيار (١٤٠/٣) وبهذا تبين أن التعليق بفعل المرأة لا تعلق له بالنية ، كما أن الاختيار لا تعلق له بالنية لأنه تعليق بفعلها .

٢٣٦٢٢ - ولأن كلامها خرج على وجه الجواب ، فالظاهر أنها اختارت نفسها بما يفوض إليها من الطلاق ، فكأنها تكلمت بذلك ، فلو قالت : اخترت نفسي بالطلاق ، لم تعتبر النية . كذلك هذا (١) .

٢٣٦٢٣ - احتجوا بأن الاختيار كناية ، فيعتبر فيها النية كسائر الكنايات (٢) .

٢٣٦٢٤ - قلنا : النية معتبرة عندنا (٣) وإنما الخلاف في اعتبار نية (٤) المرأة ، وسائر الكنايات لا تفتقر إلى أن تبين .

٢٣٦٢٥ - قالوا : قولها « اخترت » محتمل لأنها لو قالت : اخترت زوجي (٥) أو النكاح ، أو تقوى اللّه لم تقع الفرقة ، كذلك إذا كان هذا اللفظ محتملًا له (٦) .

٢٣٦٢٦ - قلنا : إذا قالت : اخترت (٧) نفسي فلا احتمال فيه ، لأن ذلك ليس باختيار للزوج ، ولا لتقوى اللّه ، ولا لتبقية النكاح ، وإنما هو اختيار لما عقدت عليه ، فهو كالبايع إذا اختار المبيع دل ذلك على الفسخ (٨) .

* * *

---

(١) انظر : البحر الرائق (٣٣٥/٣) ، المغني (٢٩٠/٨) .

(٢) انظر : المهذب (٨٢/٢) ، المجموع (١١٠/١٧) ، المغني (٢٩١/٨) .

(٣) انظر : المبسوط (٢١١/٦،٢١٢) ، الهداية (٢٤٣/١) .

(٤) في (ن) ، (ع) : [النية] .

(٥) في (ن) : [روحي] .

(٦) انظر : المهذب (٨٢/٢) ، النكت ورقة ٢١٩ ، المجموع (١١٠/١٧) .

(٧) في (ن) : [اخترت] .

(٨) انظر : بدائع الصنائع (٢٧٢/٥) .

مسألة ١١٤٠

الواقع باختيار المرأة لنفسها

٢٣٦٢٧ - قال أصحابنا : إذا قال لامرأته اختاري ، فاختارت نفسها فهي تطليقة بائنة (١) .

٢٣٦٢٨ - وقال الشافعي : رجعية (٢) .

٢٣٦٢٩ - لنا : أنه اختيار (٣) طارئ على النكاح فإذا تم كان مقتضاه البينونة ، كخيار المعتقة (٤) ، ولأنه خيار في رفع العقد ، فإذا تم بالاختيار زال (٥) العقد ، كالبائع إذا اختار المبيع في بيع الخيار (٦) .

٢٣٦٣٠ - ولأنه خيرها بين تبقية النكاح وإزالته ، فإذا اختارت ثم لم ينفها ، بقي النكاح وهذا ضد الاختيار (٧) ، وهذه مبنية (٨) على أصلنا : أن ألفاظ الكنايات بوائن إلا

---

(١) انظر : هذه المسألة في المبسوط (٢١٢/٦) ، بدائع الصنائع (١١٩/٣) ، الهداية (٢٤٣/١) . تبيين الحقائق (٢١٩/٢) ، البناية (٢٨٩/٤) والمسألة في الكتاب انظر : اللباب (٥١/٣) وبه قال الإمام مالك إلا أنها بائن بالثلاث عنده انظر : الكافي (٥٨٨،٥٨٧/٢) التفريع (٩٠/٢) ، الرسالة ص ٢٠٤ لابن أبي زيد القيرواني .

(٢) انظر : حلية العلماء للقفال (٤٠/٧) ، الوجيز (٥٦/٢) ، روضة الطالبين (٤٩/٨) . وبه قال الإمام أحمد انظر : المغني (٢٨٩/٨) ، المبدع (٢٨٦/٧) .

(٣) في (ن) : [اختار] .

(٤) الواقع باختيار المرأة لنفسها لا يكون طلاقًا في المذهب الحنفي ، بل هو فسخ ، قال في المبسوط : ولهذا لو اختارت نفسها كان فسخًا لا طلاقًا بمنزلة الخيار الثابت لرفع أصل العقد ، وفي حق من توقف على إجازته لا يكون طلاقًا ، ولأن سبب هذا الخيار معنى في جانبها ، وهو ملكها أمر نفسها ، والفرقة متى تكون بسبب من جهة المرأة لا تكون طلاقًا المبسوط (٩٩/٥) .

(٥) في (ن) ، (ع) : [زوال] .

(٦) قال في بدائع الصنائع : إذا تصرف من له الخيار تصرف الملاك كالبائع إذا تصرف في المبيع تصرف الملاك فهذا دليل استبقاء ملكه ، وهو دليل على الفسخ ، فيكون فسخًا للبيع بدائع الصنائع (٢٧٢/٥) وبهذا تبين أن البائع إذا اختار المبيع في بيع الخيار فسخ العقد ويترتب على ذلك زوال العقد ورفعه كما أن اختيار المرأة لنفسها في التخيير يكون رفعا للعقد وزوالا له ، ولا يكون ذلك إلا بالبائن .

(٧) انظر : المبسوط (٢١٢/٦) ، بدائع الصنائع (١٢٠/٣) ، فتح القدير (٧٩/٤) .

(٨) في (ن) ، (ع) : [تبقية] .

ثلاث ألفاظ ، وهذا من جملة الكنايات [١] . وعندهم : الكنايات كلها يقع بها الطلاق رجعى ، وهذا من الكنايات [٢] .

٢٣٦٣١ – ويقولون : إنه طلاق مجرد صادف عدة من غير عدد ، فصار كقوله : أنت طالق [٣] .

٢٣٦٣٢ – قلنا : المعنى فيه أن لفظة الطلاق [٤] لا تفيد إزالة الملك ، والاختيار يفيد إزالة النكاح [٥] ، لأنه خيَّرها بين تبقية النكاح وإزالته ، فاختارت الإزالة باختيار نفسها .

* * *

(١) انظر : المبسوط (٧٣/٦) .
(٢) انظر : النكت للشيرازى ورقة ٢١٨
(٣) انظر : الحاوي الكبير ورقة (١٤) .
(٤) ساقطة من (م) .
(٥) في (ن) ، (ع) : [الملك] .

مسألة ١١٤١

إذا قال اختاري ينوي ثلاثًا

٢٣٦٣٣ - قال أصحابنا : إذا قال لامرأته : اختاري- ينوي ثلاثا - فاختارت كانت واحدة [١] .

٢٣٦٣٤ - وقال الشافعي : ثلاثا [٢] .

٢٣٦٣٥ - لنا : أنه اختيار [٣] طارئ على النكاح فلا يقع به العدد كخيار [٤] المعتقة ، ولأنها فرقة [٥] تثبت باختيار المرأة كتفريق القاضي بالعنة [٦] .

٢٣٦٣٦ - احتجوا بأنه لفظ يجوز أن يقع به واحدة فجاز أن يقع به الثلاث . أصله : قوله : أنت بائن [٧] .

٢٣٦٣٧ - قلنا : « أنت بائن » من ألفاظ الكنايات وهو يتضمن البينونة فإذا نوى به الثلاث فقد نوى نوع بينونة فعملت نيته ، وأما الاختيار فليس من ألفاظ الطلاق بدلالة أن الزوج لا يملك إيقاع الطلاق به ، وإنما يقع مقدار ما يقتضي الاختيار إليه دون ما سواه ، [٨] كما أن فسخ البيع بالخيار يثبت به رفع العقد دون ما زاد عليه [٩] .

* * *

---

(١) انظر : مختصر الطحاوي ١٩٥ ، المبسوط (٢١٢/٦) ، تحفة الفقهاء (٢٨٤/٢) ، الهداية (٢٤٣/١) .

(٢) انظر : المهذب (٨٥/٢) المجموع (٢٦٧/١٨) .

(٣) في (ن) ، (ع) : [خيار] . (٤) في (ص) : [الخيار] .

(٥) في (ن) ، (ع) : [قربة] .

(٦) الواقع بتفريق القاضي بسبب العنة تطليقة بائنة كالإيلاء إذا مضت مدته بانت بتطليقة بائنة ، لأنه حصل بفعل الزوج ، وفي التفريق بالعنة القاضي نائب عن الزوج في التفريق الواجب عليه . تحفة الفقهاء (٢٧٣/٢) .

(٧) انظر : الحاوي الكبير ورقة (١٤) .

(٨) انظر : تحفة الفقهاء (٢٨٤/٢) ، البناية (٤٩١/٤) .

(٩) انظر : بدائع الصنائع (٢٧٢/٥) ، الهداية (٢٤٣/١) .

التخيير في الطلاق والعتاق يتوقف بالمجلس

٢٣٦٣٨ - قال أصحابنا : إذا خيرها فلها أن تختار [1] في مجلسها قبل أن تتشاغل عن الاختيار بعمل آخر [2] .

٢٣٦٣٩ - وهو ظاهر مذهب الشافعي .

٢٣٦٤٠ - وقال المروزى [3] : إذا قال لها اختاري أو طلقي نفسك إن شئت أو أمرك بيدك فهو على الفور وإن طلقت نفسها في أول أحوال الإمكان وقع [4] وإلا لم يقع [5] .

٢٣٦٤١ - وقالوا : في خيار المعتقة ثلاثة أقوال : أحدها على الفور والآخر [6] لها الخيار ما لم يمسها والثالث لها الخيار ثلاثة أيام [7] .

٢٣٦٤٢ - لنا : ما روي أن النبي ﷺ لما أراد أن يخير نساءه قال لعائشة . رضي الله عنها : إني جاعل إليك أمرا فلا تعجلي حتى تستشيرى أباك [8] . ولو كان على الفور بطلت

---

(١) في (ن) : [يختار] .

(٢) انظر : مختصر الطحاوي ١٩٦ ، المبسوط (٢١١/٦) ، الهداية (٢٤٣/١) ، تبيين الحقائق (٢٢٠/٢١٩/٢) الدر المختار (٤٧٥/٢) والمسألة في الكتاب اللباب (٥١/٥٠/٣) وهو أحد قولي الإمام وقال في القول الآخر : هو على التراخي ، ولها الاختيار في المجلس وبعده انظر : الكافي (٥٨٨/٢) ، التفريع (٨٨،٨٤/٢) ، وبه قال الإمام أحمد انظر : الشرح الكبير (٣٠٧/٨) ، المبدع (٣٠٧/٧) ، المبدع (٢٨٦/٧) كشاف القناع (٢٥٥/٥) .

(٣) في (م) : [المروري] .

(٤) ساقطة من (م) .

(٥) المنصوص في المذهب أنه إذا فوض الطلاق إليها أن لها أن تطلق نفسها ، ما لم يتفرقا عن المجلس أو يحدث ما يقطع ذلك ، وهذا ما جزم به ابن أبي القاص ، وهذا بناء على القول : بأن التفويض توكيل وقال أبو إسحاق المروزي : لا تطلق إلا على الفور ، وهذا بناء على القول بأن التفويض تمليك ، وعلى ذلك فيشترط لوقوعه تطليقها على الفور . انظر : المهذب (٨٠/٢) ، روضة الطالبين (٤٦/٨) الوجيز (٥٦/٥٥/٢) ، نهاية المحتاج (٤٣٦/٦) .

(٦) في (ن) ، (ع) : [والثاني] .

(٧) والأظهر في الأقوال الثلاثة أنه على الفور ، المهذب (٥١/٢) ، مغني المحتاج (٢٦٤/٣) وذهب الإمام أبو حنيفة إلى أنه يتقيد بالمجلس انظر : المبسوط (٢١١/٦) الهداية (١٩٩/١)

(٨) فتح الباري ، باب موعظة الرجل ابنته لحال زوجها (٢٧٩/٢٧٨/٩) ، صحيح مسلم باب بيان أن تخيير امرأته لا يكون طلاقا إلا بالنية (١١٠٣/٢) .

الاستشارة . ويدل عليه ما روي عن عمر [١] وعلى [٢] وعثمان وابن مسعود [٣] وابن عمرو [٤] وجابر[٥] وآخرين [٦] في المخيرة أن لها الخيار ما دامت في مجلسها ولا مخالف لهم [٧] .

٢٣٦٤٣ - ولأنه جعل إليها الفرقة ، فلم يكن التفريق على الفور ، كما لو قال [٨] طلقي نفسك [٩] ولأن التخيير وضع للارتياء والنظر في أصلح الأمرين فلو كان على الفور لم يمكن [١٠] الارتياء [١١] وفي ذلك إبطال المقصود بالتخيير ولأنه خيار طارئ على النكاح فلا يكون على الفور كخيار المعتقة [١٢] .

---

(١) روي ذلك عنه ابن أبي شيبة في المصنف كتاب الطلاق (٦٢/٥) وعبد الرزاق في مصنفه باب الخيار والتمليك ، ما كانا في مجلسها (٥٢٥/٦) ،

(٢) روي ذلك عنه عبد الرزاق في المصنف باب الخيار والتمليك ما كانت في مجلسهما (٥٢٦/٦) ، وابن أبي شيبة في مصنفه كتاب الطلاق من قال : أمرها بيدها حتى تتكلم (٦٣/٥) ، سعيد بن منصور في سننه باب الرجل يجعل أمر امرأته بيدها في (٣٨٠/٣)

(٣) روي ذلك عنه عبد الرزاق في المصنف ، باب الخيار والتمليك ما كانت في مجلسهما (٦٤/٦٢/٥) ، والطبراني في المعجم الكبير (٣٨٨/٩) .

(٤) روي ذلك عنه ابن أبي شيبة مصنفه كتاب الطلاق ، ما قالوا في الرجل يخير امرأته فلا تختار حتى تقوم من مجلسها (٦٣/٥) .

(٥) روى ذلك عنه عبد الرزاق في المصنف باب الخيار والتمليك ، ما كانا في مجلسهما عن جابر (٦/ ٥٢٥) ، وابن أبي شيبة في مصنفه ما قالوا في الرجل يخير امرأته حتى تقوم من مجلسها (٦٢/٥) وسعيد بن منصور في سننه باب الرجل يجعل أمر امرأته بيدها (/٣٧٤) .

(٦) قال في نصب الراية وأخرج ابن أبي شيبة نحو ذلك عن مجاهد وجابر بن زيد والشعبي والنخعي وعطاء وطاووس . نصب الراية (٢٣٠/٣) .

(٧) قال في بدائع الصنائع « وأما الإجماع فإنه روي عن جماعة من الصحابة مثل عمر وعثمان وعلي وابن مسعود وابن عمرو وعائشة أن المخيرة إذا اختارت نفسها في مجلسها وقع الطلاق . بدائع الصنائع (١١٨/٣) .

(٨) ساقط من (ب) ، (ج) .

(٩) قال في بدائع الصنائع : إذا قال لها طلقي نفسك فهو تملك عندنا ، سواء قيده بالمشيئة أم لا ، ويقتصر على المجلس كقوله : أنت طالق إن شئت بدائع الصنائع (١٢٢/٣) وبهذا تبين أنه لو قال لها : طلقي نفسك اقتصر على المجلس ، كما أن الخيار يقتصر على المجلس .

(١٠) ساقطة من (م) ، (ع) . (١١) في (م) : [للارتياء] .

(١٢) قال في المبسوط : ولأن الخيار الطارئ لها على النكاح من جهة الزوج معتبر بالخيار الطارئ شرعا وهو خيار المعتقة ، وذلك يتوقت بالمجلس فكذلك هذا لها الخيار ما بقيت في المجلس وإن تطاول يوما أو أكثر ، لأن المجلس قد يطول وقد يقصر ، ألا ترى أن حكم قبض بدل الصرف ورأس المال المسلم لما توقت بالمجلس لم =

٢٣٦٤٤ - وقد دل عليه قوله ﷺ : « إن وطئك زوجك [١] فلا خيار لك » [٢] فلو أن الخيار ملكه في المجلس لم يقف بطلانه على التمكين من الوطء ولأنها اختارت نفسها في مجلس التخيير من غير أن يوجد منها عمل ليس من عمل الاختيار ، فصارت كما لو اختارت على الفور .

٢٣٦٤٥ - ولا يقال إن السكوت يدل على الإعراض كالعمل ، لأن السكون فكر فيما جعل إليها وأرتياء ، وهذا من عمل الاختيار فصار كاستدعاء الشهود ولأنه خيار يملك فكان على المجلس كخيار القبول وقد دل عليه قوله ﷺ : « المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا » .

٢٣٦٤٦ - احتجوا : بأنه تمليك مطلق تأخر قبوله عن أول حال للإمكان فوجب أن لا يصح قبوله . أصله : إذا قامت من مجلسها ثم قبلت .

٢٣٦٤٧ - قلنا : إذا قامت فقد دل قيامها على الإعراض فأبطل ذلك الاختيار ، والسكوت لا يدل على الإعراض لأنه ارتياء وفكر فلذلك لم يبطل الاختيار [٣] .

* * *

= يفترق الحال بين أن يطول أو يقصر ، المبسوط (٢١١/٦) وبهذا تبين أن خيار المعتقة يتوقت بالمجلس ، كما أن الخيار في الطلاق يتوقت بالمجلس .

(١) هكذا في جميع النسخ ، واضحة العبارة [إن وطئك زوجك] كما في سياق الحديث .

(٢) الحديث أخرجه أبو داود في سننه باب وقت الخيار

(٣) انظر : المبسوط (٢١١/٦) ، البحر الرائق (٣٣٦/٣) .

مسألة ١١٤٣

الرجوع عن التفويض

٢٣٦٤٨ – قال أصحابنا : إذا قال لها اختاري أو طلقي نفسك أو أنت طالق ، إن شئت ، ثم رجع عن ذلك لم يصح رجوعه [ولم يخرج الأمر من يدها [1] .

٢٣٦٤٩ – وقال الشافعي : يصح رجوعه] [2] [3] .

٢٣٦٥٠ – لنا : أنه خيار طارئ على النكاح فلا يملك إبطاله ، كخيار المعتقة وامرأة العنين [4] . ولأنه علق الطلاق بفعلها وهو الاختيار فلم يملك عزلها عنه ، كما لو علقه بدخول الدار [5] ولأن الطلاق « إذا تم » [6] باختيارها لا يلحقه الفسخ فإذا ملكه فقد وجد شطره فوجب أن يتأكد بحسب تأكد الجملة . ألا ترى أن البيع لما جاز أن يفسخ بعد تمامه [7] جاز الرجوع عن إيجابه [8] وضعف شطره بحسب ضعف [9] جملته .

٢٣٦٥١ – فإن قيل : لو ردت المرأة التخيير بطل ، فإن كان [جعله لها لا يمكنها

---

(١) انظر : مختصر الطحاوي ١٩٦ ، الهداية (٢٤٧/١) ، تبيين الحقائق (٢٢٦/٢) ، البحر الرائق (٣٥٣/٣) ، فتح القدير (٩٨/٤) البناية (٥١٣/٤) .

(٢) وبه قال الإمام مالك . انظر : الشرح الصغير (٣١٦/٣) ، أسهل المدارك (١٦٥/٢) قال في المهذب : وهل له أن يرجع فيه قبل أن تُطَلِّق ، وقال أبو علي بن خيران وليس له أن يرجع انظر : المهذب (٨٠/٢) روضة الطالبين (٤٦/٨) ، نهاية المحتاج (٤٤٠/٦) ، زاد المحتاج (٣٦٧/٣) . وبجوازه قال الإمام أحمد انظر : الشرح الكبير (٨ /٣١٠) ، المبدع (٧ /٢٨٧/٢٨٦) الإنصاف (٤٩٣/٤٩٢/٨) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) . (٤) انظر : المبسوط (١٩٧/٦) .

(٥) انظر : الاختيار (٩٧/٣) . (٦) في (م) : [دائم] .

(٧) يجوز أن يفسخ البيع الصحيح بعد التمام ، إذا وجد في المبيع عيب أو إذا عدمت الرؤية ، أما لو كان فاسدًا فلكل واحد منهما فسخه ، دفعا للفساد . أما إذل حصل الإيجاب والقبول ولم توجد هذه العوارض ، فإن البيع يكون لازما ، ولا يحق لواحد منهما فسخه ، لأن في الفسخ إبطال حق الآخر فلا يجوز . انظر : الهداية (٥١/٣) ، فتح القدير (٢٥٧/٦) والبناية (٢٠٥/٤) .

(٨) للموجب الرجوع أيهما كان بائعا أو مشتريا قبل قبول الآخر ، لأنه لم يثبت له حق يبطله الآخر بلا معارض أقوى ؛ لأن الثابت له بعد الإيجاب حق التملك ، والموجب هو الذي أثبت له هذه الولاية ، فله أن يرفعها كعزل الوكيل . انظر : الهداية مع فتح القدير (٢٥٤/٢٥٣/٦) .

(٩) في (م) : [صعف] .

إبطاله] (١) .

٢٣٦٥٢ - قلنا : لا يبطل بردها لكنها تشاغلت عن الاختيار والرد ومن شرط اختيارها أن لا يوجد منها إعراض عنه (٢) .

٢٣٦٥٣ - احتجوا : بأنه ملكها الطلاق والتمليكات يجوز الرجوع عنها قبل تمامها (٣) .

٢٣٦٥٤ - قلنا : التخيير بالطلاق المعلق بالصفة أشبه بالتمليك بدلالة أنه يملك توقيته وتعليقه بزمان يستقبل (٤) ولا يجوز ذلك في التملكيات (٥) فإذا تم حكم المعلق بصفة لم يملك إبطاله ولأن سائر التمليكات يجوز فسخها بعد تمامها ، فيجوز إبطال إيجابها ، والطلاق لا يصح إبطاله بعد وقوعه كذلك لا يصح الرجوع عن إيجابه .

٢٣٦٥٥ - قالوا : فوض إليها الطلاق فصار كما لو فوضه إلى أجنبي (٦) .

٢٣٦٥٦ - قلنا : إن فوضه إلى أجنبي على وجه التمليك لم يصح الرجوع عنه (٧) كما لو ملك المرأة . وإذا فوضه إلى أجنبي على وجه التوكيل جاز أن يرجع عنه (٨) ولا يتصور مثله في المرأة لأنها لا تكون وكيلة في حقوق نفسها وإنما تكون مملكة (٩) .

---

(١) هذا استدلال للمخالف بأن التخيير تمليك ، ولهذا يبطل برد المرأة وليس فيه معنى التعليق انظر : النكت ورقة ٢١٩ . انظر استدلال للمخالف بأن التخيير تمليك ، ولهذا يبطل برد المرأة وليس فيه معنى التعليق . انظر : النكت ورقة ٢١٩ وما بين المعكوفتين بدل مما جاء في النسخ بلفظ : « جملته لا يمكلها » .

(٢) انظر : المبسوط (١٩٧/٦) ، البناية (٥١٣/٤) رد المختار (٤٨٦/٤/٤٨٧) .

(٣) انظر : المهذب (٨٠/٢) النكت ورقة (٢١٩) .

(٤) في (ن) ، (ع) : [مستقبل] . وذلك كما لو قال لها اختاري إذا أهل الشهر ، أو إذا قدم فلان ، أو إذا كملت السنة ونحو ذلك . المبسوط (٢١٨/٦) .

(٥) وذلك كالبيع ، فإنه لا يحتمل التعليق انظر : فتح القدير (١٠١/٤) .

(٦) انظر : الشرح الكبير (٨ /٣١٩) .

(٧) وصورة ذلك : أن يقول له طلقها إن شئت قال في تبيين الحقائق : وأما إذا زاد كلمة « شئت » بأن قال طلق امرأتي إن شئت ، فإنه يقتصر على المجلس ، ويلزم حتى لا يكون له الرجوع ، وقال زفر : له الرجوع ، لأن التصريح بالمشيئة كعدمه ، لأنه يتصرف عن مشيئة فصار : كالوكيل بالبيع إذا قيل له بع إن شئت ، ويرد عليه أنه تمليك ، لأنه علقه بالمشيئة والمالك هو الذي يتصرف عن مشيئته والطلاق يحتمل التعليق بخلاف البيع فإنه لا يحتمله . انظر : تبيين الحقائق (٢٦/٢) .

(٨) صورة ذلك : أن يقول له طلّق امرأتي ، قال في الهداية : وإذا قال لرجل طلق امرأتي ، فله أن يطلق في المجلس وبعده وله أن يرجع عنه لأنه توكيل واستعانة . الهداية (٢٤٧/١) .

(٩) في (ن) ، (ع) : [مملوكة] .

٢٣٦٥٧ – قالوا : لما بطل هذا التفويض بجنون الزوج كذلك يبطل برجوعه [١] .

٢٣٦٥٨ – قلنا : لا نسلم هذا لأن لها أن تختار نفسها بعد جنونه كما تختار في صحته .

* * *

(١) انظر : الحاوي الكبير ورقة (١٩) .

إذا قال أنت على حرام ولا نية له في الطلاق

٢٣٦٥٩ - قال أصحابنا : إذا قال لامرأته : أنت على حرام ولا نية له إذا أراد التحريم ولم ينو الطلاق فهي يمين فإن [(١)] قربها [(٢)] كَفَّرَ [(٣)] .

٢٣٦٦٠ - وقال الشافعي : إذا قال ذلك لزوجته وجاريته فعليه كفارة يمين بنفس [اللفظ] وليس بيمين [(٤)] .

٢٣٦٦١ - لنا : قوله تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكَۖ تَبۡتَغِي مَرۡضَاتَ أَزۡوَٰجِكَۚ ﴾ إلى قوله ﴿قَدۡ فَرَضَ ٱللَّهُ لَكُمۡ تَحِلَّةَ أَيۡمَٰنِكُمۡۚ ﴾ [(٥)] روي يحيى بن سعيد القطان عن الخزاز [(٦)] قال : حدثني بن أبي مليكة [(٧)] عن ابن عباس : أن النبي ﷺ كان يشرب من شراب عند [(٨)] سودة [(٩)] من العسل فدخل على عائشة رضي الله عنها فقالت : إني أجد منك

(١) في (م) : [قال] . (٢) في (ن) ، (ع) : [أقر بها] .

(٣) إذا قال : أنت على حرام ونوى التحريم أو لم يكن له فيه نية فهي يمين ويصير مؤليا لو تركها أربعة أشهر وتبين بطلقة بائنة ، لأن الأصل في تحريم الحلال أنه يكون يمينا . انظر : المبسوط (٧٠/٦) ، تحفة الفقهاء (٢٩٦/٢) ، بدائع (١٦٧/٣) ، الهداية (١٣/٢) ، فتح القدير (٢٠٨/٤) والمسألة في الكتاب . انظر : اللباب (٦٣/٣) ، وهو رواية على الإمام أحمد إذا نوى به يمينا ولا يصير به مؤليا حتى ولو تركها أربعة أشهر انظر المغني (٣٠٣/٨) ، المبدع (٢٨٢/٧) ، الشرح الكبير (٣٠٠/٨) .

(٤) انظر : الأم (٢٧٩/٥) ، المهذب (٨٣/٢) ، الوجيز (٥٤/٢) ، نهاية المحتاج (٤٣٤/٤٣٣/٦) وقال الإمام مالك : هو كناية عن الثلاث في المدخول بها ، وغير المدخول بها ينوي ما أراد من العدد انظر : التفريع (٧٤/٢) ، الشرح الصغير (٣٨٠،٣٧٩/٣) وذهب الإمام أحمد في ظاهر المذهب إلى أنه ظهار انظر : المبدع (٢٨٢/٧) ، كشاف القناع (٢٥٣/٥)

(٥) سورة التحريم : الآية ٢/١ .

(٦) في (م) (ن) : [الخراه] . صالح بن رستم المزني مولاهم أبو عامر الخزاز البصري روي عن ثابت البناني والحسن البصري وعمرو بن دينار وابن أبي مليكة وغيرهم وعنه يحيى بن سعيد وروح بن عيادة ومعتمر وغيرهم . قال أبو داود ثقة مات سنة (١٥٢ هـ) انظر : في تهذيب الكمال (٤٧/١٣-٥٠) الجرح والتعديل (٤٠٣/٤) تهذيب التهذيب (٣٩١/٤) الثقات لابن حبان (٤٥٧/٦) .

(٧) عبد الله بن عبيد الله بن أبي مليكة روي عن عبد الله بن الزبير وابن عباس وابن عمر وعلقمة وغيرهم وعنه ابن جريج والخزاز وابن رافع وغيرهم . وثقه أبو زرعة وأبو حاتم مات سنة (١١٧ هـ) انظر : تهذيب الكمال (٢٥٦/١٥-٢٥٩) الكاشف ٢٩٥١٢ الثقات لابن حبان (٢/٥) تهذيب التهذيب (٣٠٦/٥) .

(٨) ساقطة من (ن) (ع) .

(٩) سودة بنت زمعة بن قيس بن لؤى القرشي تزوجها رسول الله ﷺ بمكة بعد وفاة خديجة ، أسنت عند رسول الله ﷺ =

ريحا فقال : أراه من شراب شربته عند سودة ، والله لا أشربه ، فنزلت هذه الآية [١] وروت عائشة أن النبي ﷺ / دخل عليها فقالت : إني أجد منك رائحة « المغافير » [٢] « فقال : إني أكلت عسلا عند زينب [٣] ولن أعود إليه ، فنزلت الآية [٤] فذكرت عائشة ﷺ [في خبرها] [٥] أنه لم يحلف . فإن كان أصل الخبر أن النبي ﷺ حلف فقد سمى الله ﷻ ذلك تحريما فإذا قال : حرمتها فقد جاء بمعنى اليمين ، وإن كان النبي ﷺ حرم العسل ولم يحلف فقد جعل الله تعالى في ذلك كفارة يمين وكل من أوجب في تحريم العسل الكفارة أوجبها بالحنث وقال : ﴿ قَدْ فَرَضَ ٱللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَٰنِكُمْ ﴾ [٦] فدل أن الحرام يمين [٧] .

٢٣٦٦٢ – فإن قيل : قد روي عمر بن الخطاب ﷺ أن النبي ﷺ حرم مارية [٨] فأنزل الله تعالى الآية [٩] .

= فهمّ بطلاقها فقالت : لا تطلقني وأنت في حل من شأني ، فأمسكها رسول الله ﷺ حتى توفي عنها مع سائر أزواجه . روت عن النبي ﷺ وتوفيت في آخر زمن عمر بن الخطاب . انظر : الاستيعاب (١٨٦٧/٤) أسد الغابة (١٥٨/١٥٧/٧) الإصابة (٧٢٢/٧) طبقات ابن سعد (٣٦/٣٥/٨) .

(١) أخرجه الطبراني في المعجم الكبير (١٧٧/١١) مجمع الزوائد كتاب التفسير (١٢٧/٧٩٠) .

(٢) في (ن) (ع) : [المعافير] . المغافر والمغافير صمغ شبيه بالناطق فيوضع في ثوب ثم ينضح بالماء فيشرب واحدها مِغْفَر لسان العرب باب الميم (٣٢٧٥/٥) .

(٣) أم المؤمنين زينب بنت جحش بن رباب . تزوجها رسول الله ﷺ سنة خمس من الهجرة بعد زيد بن حارثة روت عن النبي ﷺ وروي عنها محمد بن عبد الله بن جحش وأم حبيبة وزينب بنت أبي مسلمة وأرسل عنها القاسم بن محمد كانت من سادة النساء دينًا وورعًا وجودًا ومعروفًا . ماتت سنة ٢٠ من الهجرة وصلى عليها عمر بن الخطاب . انظر : الاستيعاب (١٨٤٩/٤) أسد الغابة (١٢٥/٧) طبقات ابن سعد (١٠١/٨) .

(٤) صحيح البخاري باب لم تحرم ما أحل الله لك (٢٠١٧/٢٠١٦/٥) ومسلم في صحيحه باب وجوب الكفارة على من حرم امرأته ولم ينو الطلاق . (١١٠٠/٢) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(٦) سورة التحريم : الآية ٢ .

(٧) في (م) : [لهن] . انظر : المبسوط (٧٠/٦) بدائع الصنائع (١٦٨/٣) المغنى (٣٠٥/٣٠٣/٨) الشرح الكبير (٣٠٠/٨) .

(٨) مارية القبطية مولاة رسول الله ﷺ وأم ولده إبراهيم وهي مارية بنت شمعون وقد أهداها له المقوقس القبطي صاحب الإسكندرية فوصلت إلى المدينة سنة ثمان ، وتوفيت في خلافة عمر بن الخطاب في المحرم سنة (١٦ ه) ودفنت بالبقيع انظر : الاستيعاب ق (١٩١١/٤-١٩١٢) أسد الغاية (٢٦١/٧) الإصابة ق (١١١/٨) الطبقات الكبرى لابن سعد (١٥٣/٨-١٥٦) .

(٩) الحديث أخرجه الدارقطني في سننه (٤٢/٤١/٤) . سنن سعيد بن منصور (٣٩١/٣/١) . البيهقي في السنن الكبرى (٣٥٣/٧) – وعند الحاكم في المستدرك كتاب التفسير (٤٩٣/٢) .

٢٣٦٦٣ – قالوا : فقد تعارض السببان فسقطا [١] .

٢٣٦٦٤ – قلنا : ليس في ذلك تعارض لأنه لا يمتنع [٢] أن يكون عليه السلام حرّم العسل وحرّم مارية فأنزل الله تعالى الآية على السببين جميعا فدلت الآية على أن من حرم جاريته فهو حالف لقوله تعالى : ﴿قَدْ فَرَضَ ٱللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَـٰنِكُمْ﴾ [٣] [٤] ودلت الآية أيضًا على أن تحريم العسل يمين يتعلق بها الكفارة . وعند مخالفنا تحريم العسل ليس يمين ، ولا يتعلق به كفارة يمين [٥] .

٢٣٦٦٥ – فإن قيل : قوله تعالى : ﴿تَبْتَغِى مَرْضَاتَ أَزْوَٰجِكَ﴾ [٦] يدل أنه حرم مارية لأن تحريم العسل لاحق للزوجات فيه .

٢٣٦٦٦ – قلنا : إنما حرم العسل لأنهن قلن له : « إنا نجد منك رائحة المغافير » [٧] وهو كريه الريح ينزل في العسل ويقال : يعقد عليه « النحل : فحرم ذلك لآجل كراهتهن لريحه .

٢٣٦٦٧ – فإن قيل : قوله تعالى﴿ وَإِذْ أَسَرَّ ٱلنَّبِىُّ ﴾ [٨] يدل أنه تحريم الجارية لأن تحريم العسل لا يُسِرُّه .

٢٣٦٦٨ – قلنا : لا يمتنع أن يُسِرُّ ذلك ويخبر به بعض الزوجات دون بعض .

٢٣٦٦٩ – فإن قيل : قد أوجب الله تعالى الكفارة بنفس اللفظ وأنتم توجبونها بالحنث .

٢٣٦٧٠ – قلنا : لما قال الله ﴿ تَحِلَّةَ أَيْمَـٰنِكُمْ ﴾ [٩] وتحلة اليمين لا تجب إلا بعد الحنث اكتفاء بما تقرر في الأصول ولم يذكر الحنث

٢٣٦٧١ – « ولا يقال » [١٠] : إن التقدير إنكم تخرجون من التحريم [١١] بما [١٢] تخرجون به من اليمين لأن الظاهر [١٣] أن هناك يمينا موجودة ، لأنه قال ﴿قَدْ فَرَضَ ٱللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَـٰنِكُمْ﴾ [١٤] وتحلة اليمين إنما تكون بعد وجود اليمين .

(١) انظر : الحاوي الكبير ورقة (٢٤) .
(٢) في (ن) ، (ع) : [يمنع] .
(٣) سورة التحريم : الآية ٢ .
(٤) انظر : بدائع الصنائع (١٦٩/٣) .
(٥) انظر : المهذب (٨٣/٢) .
(٦) سورة التحريم : الآية ١ .
(٧) سبق تخريجه .
(٨) سورة التحريم : الآية ٣ .
(٩) سورة التحريم : الآية ٢ .
(١٠) في (م) : [أولا] .
(١١) في (ن) ، (ع) ولا يقال إن تقدير الآية [إنكم تخرجون من التحريم] وهي زيادة لا وجه لها .
(١٢) في (ن) ، (ع) : [بما] وفي غيرهما : « مما » والأصوب ما أثبتناه .
(١٣) في (م) : [الطاهر] .
(١٤) سورة التحريم : الآية ٢ .

٢٣٦٧٢ - يبين ذلك أن الأمر لو كان على ما يقوله الشافعي لقال : قد فرض الله عليكم [١] تحلة أيمانكم لأن الكفارة وجبت باللفظ وليس بمخير فيها .

٢٣٦٧٣ - وعلى قولنا : هو حالف فقد خير بين البقاء على اليمين وبين الخروج منها بالحنث والتكفير ، فيصح أن يقول : ﴿قَدْ فَرَضَ ٱللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَٰنِكُمْ﴾ [٢] لأنه لم تجب عليه كفارة بعد ، وإنما هو مخير بين التزامها وبين تركها .

٢٣٦٧٤ - ويدل عليه ما روي قتادة عن سعيد بن جبير [٣] وعكرمة [٤] عن ابن عباس عن عمر بن الخطاب ﷺ أن النبي ﷺ « جعل الحرام يمينا » [٥] وهذا قصر .

٢٣٦٧٥ - ويدل عليه ما روي جويبر عن الضحاك أن أبا بكر [٦] وعمر [٧] ﷺ وابن مسعود [٨] وابن عباس [٩] وعائشة [١٠] ﷺ قالوا : في الحرام يمين يعنون بذلك إذا حرم امرأته على نفسه [١١] .

---

(١) ساقطة من (ن) (ع) . (٢) سورة التحريم : الآية ٢٢ .

(٣) سعيد بن جبير بن هشام الأسدى . روي عن الحسن بن مالك وعبد الله بن عباس وأبي هريرة وعائشة وغيرهم وعنه عمرو بن دينار وابن ميسرة والزبير ابن مرسى وغيرهم قال أبو القاسم هو ثقة إمام حجة على المسلمين مات سنة (٩٥) ه انظر : في تهذيب الكمال (٣٥٨/١٠) الثقات لابن حبان (٢٧٥/٤) تذكرة الحفاظ (٧٦/١) .

(٤) عكرمة البربري أبو عبد الله المدني روي عن مولاه ابن عباس وأبي هريرة وابن عمر ومعاوية وغيرهم وعنه إبراهيم النخعي وجابر بن زيد وأيوب وغيرهم . وثقه البخاري وابن أبي حاتم مات بالمدينة سنة (١٠٤ ه) انظر : الجرح والتعديل للباجي (١٠٢٢/٣) الكاشف (٢٤١/٢) تهذيب التهذيب (٢٦٣/٧) .

(٥) الحديث أخرجه الدارقطني في سننه عن ابن عباس عن عمر : أنه جعل الحرام يمينا . قال الدارقطني ابن محرز ضعيف ، ولم يروه عن قتادة ، سنن الدارقطني ، كتاب الطلاق والخلع وغيره (٤١/٤٠) .

(٦) أبن أبي شيبة في المصنف ، كتاب الطلاق : من قال الحرام يمين وليس بطلاق (٧٤/٥) وسعيد بن منصور في سننه في (٣٨٩/٣) .

(٧) ابن أبي شيبة في المصنف كتاب الطلاق من قال الحرام يمين وليست بطلاق وعبد الرزاق في المصنف (٣٩٩/٦) والبيهقى في السنن الكبرى باب من قال الحرام يمين (٣٥١/٧) وسعيد بن منصور في سننه ٣٨٩ .

(٨) روى ذلك البهقى في السنن الكبرى (٣٥١/٧) . وروى ذلك عنه أيضًا عبد الرزاق في الصنف (٤٠١/٦) وسعيد بن منصور في سننه (٣٨٩/٣) . وابن حزم في المحلى (٣٨٥/١١) .

(٩) روى ذلك عنه مسلم في صحيحه ، باب وجوب الكفارة على من حرم امرأته ولم ينو الطلاق عن ابن عباس أنه كان يقول في الحرام يمين يكفرها ، صحيح مسلم (١٠٠/٢) .

(١٠) روي ذلك عنها ابن أبي شيبة في المصنف - كتاب الطلاق ، ما قالوا في الحرام ، من قال الحرام يمين وليست بطلاق ، عن عائشة قالت يمين . ورواه الدارقطني في سننه ، كتاب الخلع والطلاق (٦٦/٤) والبيهقى في السنن الكبرى (٣٥١/٧) . (١١) انظر : المبسوط (٧٠/٦ ٧١) .

٢٣٦٧٦ – وروى كذلك عن ابن عمر [١] وقد روي عن علي وزيد أنهما قالا : ثلاث تطليقات [٢] وهذا محمول على من نوى الطلاق [٣] وذلك لا يعارض قول الآخرين ، لأنهم أجابوا في إطلاق التحريم من غير [نية] [٤] .

٢٣٦٧٧ – فإن قيل : يحمل ذلك على إيجاب كفارة اليمين

٢٣٦٧٨ – قلنا : إن جعلوه يمينا فحمله على الكفارة بغير يمين ترك للظاهر ، لأن ما يتعلق به كفارة اليمين فهو يمين .

٢٣٦٧٩ – أصله : [٥] إذا ذكر اسم الله تعالى . [٦] .

٢٣٦٨٠ – ولا يلزم إذا قال : علي « نذر » [٧] لأنه يمين عندنا .

٢٣٦٨١ – ولأن التحريم يقتضي الامتناع من الشيء لحق الله تعالى ، فإذا حرمها فقد منع نفسه منها لحق الله تعالى وليست محرمة ، وهذا معنى أن اليمين كنفس اليمين

---

(١) روى ذلك عنه ابن حزم في المحلى عن نافع عن ابن عمر قال الحرام يمين – المحلى (٣٨٥/١١) .

(٢) ابن أبي شيبة في لمصنف – كتاب الطلاق (٧٢/٥) وعبد الرزاق في المصنف (٤٠٣/٦) والبيهقي في سننه الكبرى ، باب من قال لامرأته أنتِ عليَّ حرام (٣٥١/٧) وسعيد بن منصور في سننه (٣٨٥/٣) .

(٣) قال في زاد المعاد الثابت عن زيد بن ثابت وابن عمر ما رواه أبو محمد بن حزم من طريق الليث بن سعد عن قبيصة أنه سأل زيد بن ثابت وابن عمر عمن قال لامرأته أنت علي حرام ، فقالا جميعا كفارة يمين ، ولم يصح عنهما خلاف ذلك . وأما علي كرم الله وجهه فقد روي أبو محمد بن حزم من طريق يحيى القطان عن الشعبي قال يقوم رجال في الحرام هي حرام حتى تنكح زوجا غيره ولا والله ما قال ذلك علي كرم الله وجهه وإنما قال علي ما أنا بمحلها ولا بمحرمها عليك إن شئت فتقدم وإن شئت فتأخر . زاد المعاد لابن القيم (٧٢/٤) ط صبيح .

(٤) في (ن) (ع) : [نيته] . انظر : المبسوط (٧٠/٦ ٧١) بدائع الصنائع (١٦٨/٣) المغني (٣٠٣/٨– ٣٠٥) الشرح الكبير (٣٠٠/٨) .

(٥) في (ن) ، (ع) : [أصل أصله] وهي زيادة لا وجه لها .

(٦) إذا ذكر اسم الله تعالى في الطلاق خاصة أو غيره كأن قال والله لا أفعل كذا أو قال والعليم لأشربن كذا كان حالفا وتعلقت الكفارة به سواء كان قاصدا لليمين أم مكرها أو ناسيا .

انظر : بدائع الصنائع (٦/٥/٣) الهداية (٧٢/٢) . وبهذا تبين أنه إذا ذكر اسم الله كان حالفا وتعلقت به الكفارة ، كما أنه إذا قال لزوجته أنت علي حرام ولم ينو شيئًا كانت يمينا وتعلق بالكفارة .

(٧) النذر الذي لا تسمية فيه حكمه وجوب ما نوى إن كان الناذر نوى شيئًا ، سواء كان مطلقا عن شرط أم معلقا بشرط ، بأن قال لله علي نذر ، أو قال إن فعلت كذا فلله علي نذر ، فإن نوى صوما أو صلاة أو عمرة لزمه الوفاء به في المطلق للحال وعليه كفارة اليمين ، غير أنه إن كان مطلقا يحنث للحال ، وإن كان معلقا يحنث على الشرط ، لقوله ﷺ « النذر يمين » وكفارته كفارة اليمين ، والمراد منه النذر الذي لا نية للناذر فيه ، سواء أكان الشرط الذي علق به النذر مباحا أم معصية . بدائع الصنائع (٩٢/٥) .

بدلالة قوله : على يمين [١] ، ولأن كل لفظ لا يتعلق بانفراده كفارة يمين في غير الزوجات لا يتعلق به كفارة يمين فيهن . أصله : والله لا أكلمك [٢] .

٢٣٦٨٢ - احتجوا : بما روي عن ابن عباس أن النبي ﷺ حرم مارية فأنزل الله تعالى الآية [٣] ، فأمر النبي ﷺ من حرّم حلالا أن يعتق رقبة أو يطعم عشرة مساكين ، فأوجب الكفارة باللفظ لا بالحنث [٤] .

٢٣٦٨٣ - قلنا : معناه يعتق رقبة إذا حنث . الدليل عليه : أن ابن عباس راوي الخبر وقد [٥] صح عنه أنه قال : في الحرام يمين . واليمين لا تجب الكفارة [٦] فيها إلا بالحنث فدل على أن المراد بالخبر الأمر بالعتق عند الحنث لولا [٧] ذلك لم يخالف [٨] ما رواه .

٢٣٦٨٤ - ولأن قوله : أوجب [٩] على كل من حرم حلالا يقتضي النساء وغيرهم . وكل من قال : إن حكم الحرام يثبت في غير النساء قال : إن كفارة اليمين لا تجب فيه باللفظ « وإنما بالحنث » [١٠] [فاعتبار العموم يقتضي شرط الحنث] [١١] .

٢٣٦٨٥ - فإن قيل : هذا ترك للظاهر [١٢] .

٢٣٦٨٦ - قلنا : أضمرنا الحنث واستعملنا العموم وعلقتم الكفارة بنفس التحريم من

---

(١) إذا قال على يمين فهو يمين عند الإمام أبي حنيفة وصاحبيه خلافا لزفر لأن قوله على يمين أي يمين الله ؛ إذ لا يجوز بغير الله ، أو يقال معنى على يمين ، أي علي موجب يمين الله تعالى ، إلا أنه حذف المضاف وأقام المضاف إليه مقامه طلبا للتخفيف عند كثرة الاستعمال . انظر : بدائع الصنائع (٨٢/٣) وبهذا تبين أن قوله على يمين كنفس اليمين ، كما أن قوله أنت على حرام فيها معنى اليمين ، لأنه يقتضي الامتناع منها لحق الله تعالى ، ومعنى اليمين كنفس اليمين .

(٢) انظر : بدائع الصنائع (١٦٩/٣) .

(٣) الحديث أخرجه الدارقطني في سننه كتاب الطلاق والخلع والإيلاء وغيره (٤٢/٤) البيهقي في السنن الكبرى باب من قال لامرأته أنت على حرام لا يريد عتاقا (٣٥٣/٧) والبيهقي أيضًا في معرفة السنن والآثار (٦١/٦٠/١١) .

(٤) انظر : الأم (٢٧٩/٥) المهذب (٨٣/٢) معرفة السنن والآثار (٦١/٦٠/١١) مغنى المحتاج (٨٣/٣) المجموع (١١٣/١٧) .

(٥) في (ن) ، (ع) : [قد] .

(٦) في (م) : [اللعارة] .

(٧) في (م) : [أولا] .

(٨) في (ن) : [يحالف] .

(٩) في (ن) : [أوجب] .

(١٠) في (ن) ، (ع) : [وإنما تجب بالحنث] . انظر : البناية (٦٥٢/٤) .

(١١) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ومستدرك في الهامش .

(١٢) في (ن) (ع) : [الظاهر] .

غير إضمار [١] وخصصتم [٢] العموم ، فحملتموه على تحريم النساء خاصة [٣] فكل منا ترك الظاهر [أو استعمل ظاهرا] [٤] وأنتم المستدلون فوقف الاستدلال بالخبر .

٢٣٦٨٧ - احتجوا : بما روي أن النبي ﷺ آلى من نسائه شهرًا [٥] وحرم جاريته فوفى بالإيلاء وكفر الحرام [٦] ففرق بين الإيلاء والحرام [٧] .

٢٣٦٨٨ - قلنا : إنما فرق بينهما لأن الإيلاء لا يكون إلا في [٨] الزوجات والتحريم يكون في كل شيء .

٢٣٦٨٩ - قالوا : كناية في الطلاق فوجب أن لا ينعقد [٩] بها [١٠] يمين ، كقوله : أنت بائن وسائر الكنايات [١١] .

٢٣٦٩٠ - قلنا : لا يمتنع أن يكون كناية في الطلاق وينعقد به غيره كما أنه كناية في الطلاق ، ويجوز أن ينعقد به الظهار [١٢] ولأنه كناية في الطلاق وصريح في اليمين عندنا لا يحمل عليها بغير نية [١٣] وهذا غير ممتنع كما أن لفظ الحرية صريح في العتق[١٤] وكناية في الطلاق [١٥] والمعنى في سائر الكنايات أن كفارة اليمين لا يتعلق بها فلم تكن يمينا . ولما وجب بحكم هذا اللفظ كفارة اليمين في الزوجات كان يمينًا .

---

(١) انظر : المهذب (٨٢/٢) .
(٢) في (ن) ، (ع) : [خصصهم] .
(٣) انظر : المهذب (٨٢/٢) .
(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) (ع) .
(٥) في (ن) ، (ع) : [أو حرم] .
(٦) أخرجه الترمذي في سننه عن عائشة قالت آلي رسول الله ﷺ من نسائه وحرم فجعل الحرام حلالًا وجعل في اليمن كفارة سنن الترمذي باب ما جاء في الإيلاء (٥٠٤/٣/٥٠٥) .
(٧) معرفة السنن والآثار (٦٠/١١) المجموع (١١٢/١٧) .
(٨) ساقطة من (ن) ، وفي (ع) : [من] .
(٩) في (ن) ، (ع) : [يعقد] .
(١٠) ساقطة من (م) .
(١١) انظر : الحاوي الكبير ورقة (٢٥) .
(١٢) في (م) : [وينعقد به غيره يجوز أن ينعقد به الظهار] ومن المفيد أن نشير إلى أن لفظ الحرام إذا نوى به الظهار يكون ظهارا عند الإمام أبي حنيفة وأبي يوسف لأنها تحرم عليه بالظهار كما تحرم عليه بالطلاق فكان ما نوى من محتملات لفظه ، وعند محمد ﷺ لا يكون ظهارا لأن الظهار تشبيه المحللة بالمحرمة فبدون حرف التشبيه وهو الكاف لا يثبت الظهار . المبسوط (٧١/٦) بدائع الصنائع (١٦٩/٣) .
(١٣) انظر : المبسوط (٧٠/٦) .
(١٤) في (ن) ، (ع) : [كما أن لفظ الحرية في العتق صريح] .
(١٥) انظر : الجامع الصغير ٢٠٦ رءوس المسائل (٤/٣) .

٢٣٦٩١ - فإن قيل : وجوب كفارة اليمين لا يدل على ثبوت اليمين كما أن وجوب كفارة الظهار [١] بالجماع في رمضان لا يدل على وجوب الظهار .

٢٣٦٩٢ - قلنا : معنى [٢] الظهار [٣] هو التحريم الواقع باللفظ [٤] وهذا المعنى لا يوجد في جماع الصائم . ومعنى اليمين هو الامتناع من فعل المحلوف عليه لحق اللّٰه تعالى ، وتحريم الزوجة يقتضي الامتناع عن وطئها لحق اللّٰه تعالى من غير تحريم ، فتساويا في معناها ، فاستدل بوجوب الكفارة على انعقاد اليمين .

٢٣٦٩٣ - فإن قيل : كيف يكون اللفظ كناية في أمرين في الطلاق واليمين

٢٣٦٩٤ - قلنا : هي كناية في الطلاق والظهار على أنا بينا أنه كناية في الطلاق صريح في اليمين ، وهذا غير ممتنع .

٢٣٦٩٥ - قالوا : لفظ تعرى عن اسم اللّٰه تعالى وصفته ، فوجب أن لا ينعقد فيه اليمين بالله كسائر الألفاظ [٥] .

٢٣٦٩٦ - قلنا : يبطل إذا قال : أنا منه مؤلي [٦] ، لأن التحريم المطلق يقتضي الامتناع بالله تعالى ، وقد جاء بمعنى اليمين فصار كمن صرح باليمين [٧] ، لأنه إذا جاز أن يكون من آلى بمعنى الطلاق مطلقا ، ومن جاء بمعنى الظهار مظاهرا لم يمتنع أن يكون من جاء بمعنى الحلف حالفا ، لأن هذا اللفظ لما تعلق به عندهم كفارة اليمين وإن لم يذكر [٨] الاسم والصفة [٩] جاز أن يكون يمينا عندنا وإن لم يذكر الاسم والصفة [١٠] .

* * *

(١) في (م) : [الظهار] .
(٢) في (م) : [معنى] .
(٣) في (م) : [الظهر] .
(٤) في (م) : [اللفظ] .
(٥) انظر : مغني المحتاج (٨٣/٣) زاد المحتاج (٣٦٣/٣) .
(٦) وذلك لأنه لفظ تعرى عن ركن الإيلاء وهو التأكيد باليمين مع وجود اللفظ الدال على ترك الوطء ومع هذا يصح به الإيلاء إذا قصد به الإيجاب . المبسوط (٢٦/٧) تحفة الفقهاء (٣٠٧/٣) .
(٧) انظر : بدائع الصنائع (٩/٣) .
(٨) ساقطة من (ع) .
(٩) انظر : المهذب (٨٣/٢) .
(١٠) انظر : المبسوط (٢/٦) .

مسألة ١١٤٥

إذا حرم زوجته كان موليا وإن حرم أمته أو طعامه أو متاعه كان حالفا

٢٣٦٩٧ – قال أصحابنا : إذا حرم زوجته على نفسه كان [١] موليًا وإن حرم أمته أو طعامه أو متاعه كان حالفا [٢] .

٢٣٦٩٨ – وقال الشافعي : إن حرم زوجته فعليه كفارة يمين ، وإن حرم أمته ففيها قولان [٣] وإن حرم ما سوى النساء فليس بشئ [٤] .

٢٣٦٩٩ – لنا : قوله تعالى : ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ﴾ إلى قوله : ﴿قَدْ فَرَضَ ٱللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَٰنِكُمْ﴾ [٥] وهو عام في كل تحريم [٦] ولأنا بينا أن الآية خرجت على سبب وهو تحريم العسل [٧] .

٢٣٧٠٠ – وعند مخالفنا تحريم « العسل » لا يتعلق به كفارة [٨] .

٢٣٧٠١ – ويدل عليه حديث ابن عباس ﷺ أن اللّٰه تعالى لما أنزل [٩] الآية أمر النبي ﷺ كلَّ من حَرَّمَ حلالا أن يكفر ، ولم يفرق بين أن يكون من الزوجة [١٠] أو غيرها، ولأنه تحريم متاع فوجب أن تتعلق الكفارة بمقتضى التحريم للآية ، ولأن ما تتعلق به كفارة اليمين في الزوجات تعلق به في غير الزوجات كقوله : والله [١١] .

٢٣٧٠٢ – احتجوا : بما قال الشافعي : إن البضع فرج وغير البضع ليس بفرج [١٢] . وفسروا هذا الكلام فقالوا : [١٣] معناه أن الفرج يجوز أن يكون محرما ، مع بقاء الملك

---

(١) ساقطة من (ن) (ع) .

(٢) انظر : المبسوط (٧١/٦) تحفة الفقهاء (٢٩٦/٢) بدائع الصنائع (١٦٩/٣) فتح القدير (٢٠٨/٤-٢٠٩) .

(٣) إن نوى تحريم عينها لم تحرم ، وعليه كفارة يمين ،ﷺ وإن أطلق ولم ينو شيئًا ففيه قولان أحدهما يجب عليه الكفارة على الأظهر ، وقيل قطعا . والثاني لا يجب . انظر : المهذب (٨٣/٢) روضة الطالبين (٣٠/٨) .

(٤) انظر : روضة الطالبين (٣٠/٨) مغنى المحتاج (٢٨٣/٣) نهاية المحتاج (٤٣٥/٦) زاد المحتاج (٣٦١/٣) .

(٥) سورة التحريم : الآية ١٢ .

(٦) انظر : بدائع الصنائع (١٦٩/٣) .

(٧) في (م) : [العتل]..

(٨) انظر : مغنى المحتاج (٢٨٣/٣) .

(٩) في (م) : [نزلت] .

(١٠) في (م) : [الزوج] .

(١١) انظر : بدائع الصنائع (١٦٩/٣) .

(١٢) انظر : الحاوي الكبير ورقة (٢٦) .

(١٣) في (ن) (ع) : [فقال] .

٢٦٦/ب فلذلك أوجبت إضافة التحريم إليه الكفارة (١) . /

٢٣٧٠٣ – قلنا : سائر الأعيان أيضًا يجوز أن تكون محرمة مع بقاء الملك .

٢٣٧٠٤ – ألا ترى أن العين المرهونة والمبيع في يد البائع محرم على مالكه لا يجوز الانتفاع به مع بقاء الملك (٢) .

٢٣٧٠٥ – قالوا : جعل اللّٰه تعالى للتحريم بالامتناع لفظًا مخصوصًا يتعلق ذلك به ، فإذا عدل عنه إلى غيره عوقب بإيجاب الكفارة عليه ، وسائر الأعيان لم يجعل لتحريمها لفظًا مخصوصًا ، فإذا حرمها فلم يعدل عن لفظ وضعه اللّٰه لتحريمها فلم يعاقب بالكفارة (٣) .

٢٣٧٠٦ – قلنا : يبطل ببضع الأمة لم يجعل اللّٰه لفظا ليخصه في التحريم ومع ذلك أوجبوا بتحريمه الكفارة (٤) . ثم لا فرق بين تحريم الأبضاع وغيرها ؛ لأن اللفظ الموضوع لتحريم البضع هو الذي يزيل الملك ، فيقع التحريم بزوال الملك ، وهذا موجود في سائر الأعيان ، لأنها يزول الملك فيها .

* * *

---

(١) انظر : مغنى المحتاج (٢٨٣/٣) زاد المحتاج (٣٦٣/٣) .

(٢) انظر : بدائع الصنائع (٢٧١/٥ ١٤٦/٦/٢٧٢) .

(٣) انظر : الحاوي الكبير ورقة (٢٦) .

(٤) انظر : المهذب (٨٣/٢) .

لا يقع الطلاق بقوله كلي واشربي

٢٣٧٠٧ – قال أصحابنا : إذا قال لامرأته كلي واشربي ونوى الطلاق لم يقع [١] .

٢٣٧٠٨ – وقال الشافعي : يقع [٢] .

٢٣٧٠٩ – لنا : أن الطلاق يقع بصريح لفظ الطلاق أو بلفظ يفيد [٣] التحريم أو بلفظ يفيد معنى الطلاق كلفظ البينونة أو بلفظ « ما يؤول » [٤] إليه حال المطلقة كقوله : تقتنعي واستبرئى واعتدي والحقي بأهلك وما أشبه ذلك ، وهذا لا يوجد في قوله : كلي واشربي ، فلا يقع به الطلاق كقوله : الحمد لله مستحق الحمد [٥] .

٢٣٧١٠ – قالوا : قال الشافعي : هذا اللفظ يحتمل الطلاق ، لأنه يقول : كلي للطلاق كما يقول : تجرعي غصصه [٦] .

٢٣٧١١ – قلنا : الطلاق لا يوصف بأنه مأكول أو مشروب ، وقوله : تجرعي مجاز لا يقاس عليه .

* * *

(١) في (ن) ، (ع) : [لا يقع] . انظر : مختصر الطحاوي ١٩٦ بدائع الصنائع (١٠٨/٣) تحفة الفقهاء (٢٧٠/٢٦٩/٢) .

(٢) ما ذكره المصنف يوافق ما جاء في الأم للشافعي ، وذكر في المهذب أن فيه اختلاف الأصحاب . يقول الشيرازي : واختلفوا فيمن قال لامرأته كلي واشربي ونوى الطلاق فمنهم من قال لا يقع وهو قول أبي إسحق ومنهم من قال يقع وهو الصحيح انظر : الأم (٥/ ٢٧٨/ ٢٧٩) المهذب (٨٢/٢) المجموع (١٠٤/١٧) .

(٣) ساقطة من (م) .

(٤) في (ن) : [ما يول] . وفي (ع) : [يؤل] .

(٥) انظر : بدائع الصنائع (١٠٨/٣) .

(٦) في (ص) ، (م) : [عصصبه] . انظر : الأم (٢٧٩/٢٧٨/٥) المجموع (١٠٤/١٧) المهذب (٨٢/٢) .

تعليق الحلف بالطلاق بالصفة

٢٣٧١٢ - قال أصحابنا : إذا قال لامرأته : إن حلفت بطلاقك فعبدي حر ، ثم قال لها إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق [وإذا جاء المطر فأنت طالق وإذا قدم الحاج فأنت طالق وإذا ولدت فأنت طالق] (١) فقد حلف وحنث وعتق عبده (٢) .

٢٣٧١٣ - وقال أصحاب الشافعي : « لا يجب » (٣) في جميع هذه (٤) المواضع شيء وإنما يحنث إذا امتنع بيمينه من فعل أوجَبَه عليه ، أو قصد تصديق نفسه أو براءتها (٥) .

٢٣٧١٤ - والأصل في هذا : أن الحلف (٦) عند العرب هو القسم (٧) الذي يقتضي تعظيم المقسم (٨) به ، وإنما ألحق أهل الشريعة بذلك الشرط والجزاء (٩) الذي تعلق به الإيقاع ، ووجب إلحاقه به ، لأن القسم جملة غير مستقلة إما من مبتدأ أو خبر . تقول : لعمر الله : تقدير الكلام لعمرو اللّٰه قسمي ، أو كل من فعل وفاعل كقوله : بالله (١٠) تقديره (١١) : أحلف بالله (١٢) وكل واحد من هاتين الجملتين غير مستقلة حتى ينضم إليها غيرها وإما من (١٣) جملة من مبتدأ وخبر كقولك (١٤) : والله إنك لكريم (١٥) أو من فعل وفاعل كقولك (١٦) : والله لتضربن ، وكذا الحلف بدخول (١٧) الدار كذلك ،

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) (ع) ومن صلب (ص) ومستدرك في الهامش .
(٢) انظر : الكافي - شرح الوافي ج ٢ / ورقة ٥٩ شرح مختصر الطحاوي ورقة ٢٢٠ .
(٣) في (ن) (ع) : [لا يقع] .
(٤) في (ن) : [هذا] .
(٥) انظر : النكت ورقة ٢٢٣ روضة الطالبين (١٦٧/٨) نهاية المحتاج (٤٠/٧) المجموع (١٩١/١٧) .
(٦) الحلف القسم ، يقال حلف أي أقسم يحلف حَلِفًا وحَلْفا اللسان - باب الحاء (٩٦٣/٢) .
(٧) القسم جملة تؤكد ما تلاها من جملة خبرية غير تعجبية - المساعد (٣٠٢/٢) .
(٨) في (ن) ، (ع) : [القسم] . المقسم به هو الاسم الذي يلصق به القسم ليعظم به ويفخم . المفصل مع شرحه لابن يعيش (٩٠/٩) .
(٩) ساقطة من (ن) (ع) .
(١٠) في (ن) ، (ع) : [اللّٰه] .
(١١) ساقطة من (ن) (ع) .
(١٢) وحذف فعل القسم هنا للعلم به والاستغناء عنه . شرح المفصل (٩٤/٩) .
(١٣) في (ن) ، (ع) : [عن] .
(١٤) في (ن) ، (ع) : [كقوله] .
(١٥) في (ن) ، (ع) : [أنت الكريم] .
(١٦) في (ن) ، (ع) : [كقوله] .
(١٧) في (م) : [أحلف أولاد] .

لأن (١) ما دخل حرف الشرط فيه غير تام فإن (٢) قلت (٣) : إن دخلت الدار بطلت منه (٤) الفائدة وصار هذا الجزء من الجملة [غير مفيد] (٥) ولا يفيد ما لم ينضم إليه (٦) جملة أخرى إما من مبتدأ أو خبر كقولك : إن دخلت الدار أعطيتك درهما أو أكرمتك .

٢٣٧١٥ - ولا يكون الشرط إلا من جملة من فعل وفاعل (٧) . فأما القسم : فتارة يكون جملة من فعل وفاعل ، وتارة يكون من مبتدأ وخبر . فأما إذا كان المعنى الموجب لإيجاب هذه الجملة فالقسم ما ذكرته ، وهو موجود في هذه المواضع أيضًا ، تخصيصًا (٨) منها كقوله : إذا شئت فأنت طالق .

٢٣٧١٦ - لأنهم قالوا : في الموضع لذلك (٩) طلق للسنة . ولم يقولوا : حلف إذا قال : إذا حضت ، لأنهم سموا (١٠) هذا طلاق البدعة ، وهي مواضع حيضها . والإجماع أيضًا ، لأن مخالفنا قال : ليست بأيمان فيها . وسوى هذه المواضع أيمان (١١) لوجود المعنى الذي ذكرنا فيها .

٢٣٧١٧ - احتجوا : بأنه إيقاع طلاق بصفة ليس فيه منع من فعل ، ولا حنث عليه ولا تصديق ، فوجب أن لا يكون حالفا بالطلاق .

٢٣٧١٨ - أصله : إذا قال لها إذا حضت فأنت طالق وإذا طهرت فأنت طالق [وأنت طالق] (١٢) إن شئت (١٣) .

٢٣٧١٩ - الجواب : أنا قدمنا (١٤) أن الشرط والجزاء ليس بيمين ، وإنما ألحق باليمين اللغوية بمعنى هو موجود في الجميع ، فاعتبار الحنث على الفعل والامتناع منه لم يدل عليه دلالة شرعية ولا لغوية ، فلم يصح اعتباره . ثم إذا قال لها : إن قدم الحاج فأنت

---

(١) ساقطة من (م) .
(٢) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .
(٣) في (م) : [فقلت] .
(٤) ساقطة من (م) (ع) .
(٥) ما بين المعكوفين ساقط من (م) .
(٦) في (م) : [فلا يفيده بين أين ينضم] وهو .
(٧) انظر : شرح المفصل لابن يعيش (٢١٥/١٠) .
(٨) في (م) : [تحصيصًا] .
(٩) في (م) : [لذلك] وفي غيرها : كذلك .
(١٠) ساقطة من (ن) .
(١١) انظر : المهذب (٩٣/٩٢/٢) النكت ورقة ٢٢٣ .
(١٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) (ع) .
(١٣) انظر : النكت ورقة ٢٢٣ .
(١٤) في (ن) ، (ع) : [إذا قال] وهو .

طالق ، وإن جاء المطر فأنت طالق فقد خرج مخرج [1] اليمين بدلالة أنه يجوز أن يكون يعتقد أن المطر لا يأتي ، وأن الحاج لا يقدمون ثم حقق الخبر عن ذلك باليمين .

* * *

(١) ساقطة من (م) .

مسألة ١١٤٨

إذا أضاف الطلاق أو علّقه إلى مطلق الوقت

٢٣٧٢٠ - قال أبو حنيفة : إذا قال : متى لم أطلقك فأنت طالق لم يقع عليها الطلاق [إلا في آخر أجزاء حياته [1] . وإن قال : إذا لم أطلقك فأنت طالق فهو مثل أن لا يقع عليها الطلاق] [2] في الحال .

٢٣٧٢١ - وقال أبو يوسف ومحمد : هو مثل متى [3] .

٢٣٧٢٢ - وبه قال الشافعي [4] .

٢٣٧٢٣ - لنا : أن متى شرط هي [5] عليه في الأزمان [6] ، ومثلها أنى في الأماكن، وأنى [7] تقع على الأماكن والأزمنة ، وإذا ظرف زمان إلا أنها أيضًا هي

(١) هكذا في (م) وفي (ن) ، (ع) إذا قال متى لم أطلقك فأنت طالق لم يقع عليها الطلاق في الحال . والمنقول عن أبي حنيفة وصاحبيه بخلاف هذا . جاء في الجامع الصغير : إن قال أنت طالق متى لم أطلقك أو متى ما لم أطلقك وسكت طلقت . وكذا نقله الطحاوي في المختصر وصاحب المبسوط وصاحب الهداية وغير هؤلاء من أئمة المذهب . انظر : الجامع الصغير ١٩٦ مختصر الطحاوي ٢٠٢ المبسوط (١١٢/١١١/٦) بدائع الصنائع (١٣/١٣) الهداية (٢٣٥/١) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) ومستدرك في الهامش .

(٣) محل الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه إن لم تكن له نية . قال في المبسوط : فأما إذا قال إذا لم أطلقك أو إذا ما لم أطلقك فإن قال : عنيت به إذا الشرطية ، فهو بمنزلة أن لا يقع الطلاق حتى يموت أحدهما ، وإن قال عنيت به وقع الطلاق متى سكتُّ ، لأن إذا تستعمل لكل واحدة منهما ، وإن لم تكن له نية فعلى قول أبي حنيفة لا تطلق حتى يموت أحدهما ، وقال أبو يوسف ومحمد متى سكت يقع . انظر : المبسوط (١١١/٦) البحر الرائق (٢٩٥/٢٩٤/٣) البناية (٤٢٥/٤٢٣/٤) .

(٤) المنصوص عن الإمام الشافعي أن إذا على الفور وأَنَّ إنْ لا تقتضي الفور متى بل هي على التراخي ، فإذا قال : إذا لم أطلقك فأنت طالق وأمكنه الطلاق فلم يطلق طلقت . انظر : المهذب (٩٢/٢) النكت ورقة ٢١٩ الوجيز (٦٥/٢) نهاية المحتاج (٢٢/٧) زاد المحتاج (٤٠٥/٣) .

(٥) ساقطة من (ن) (ع) .

(٦) الجنى الداني في حروف المعاني ص ٤٦٨ للعلامة حسن بن قاسم المرادى ط مؤسسة دار الكتاب للطباعة والنشر ط سنة ١٣٩٦ هـ ١٩٧٦ شرح المفصل (٩٦/٤) لابن يعيش .

(٧) في (ن) ، (ع) : [أي] .

للشرط من طريق المعنى [١] . وتفارقه [٢] فوجه المضاهاة [٣] : أنه يجب بحصول الأول حصول الثاني فصار قوله [٤] إذا جاء الحاج أعطيتك درهما . بمنزلة قوله : متى قدم زيد أعطيتك درهما [٥] .

٢٣٧٢٤ - وجه المفارقة : [أن الشرط] [٦] لا يتيقن حصوله وإذا تيقن حصولها ففارقت « متى » بذلك وضعف فيها معنى الجزاء ولذلك [٧] لم يجز بها إلا في الشعر [٨] . قال أبو على [٩] إلا أن الشريعة قد أجرتها في أيمان الطلاق مجرى صريح الشرط بدليل أن قوله : إذا دخلت الدار فأنت طالق بمنزلة قوله : إن دخلت الدار فأنت طالق لأنه لا يتيقن حصول الشرط في الموضعين جميعا .

٢٣٧٢٥ - قال : وقد وجدت في كتاب سيبويه [١٠] ما يشهد لهذا وهو إنشاده يعنى إبله [١١] :

إذا رأتني سقطت أبصارها الشطرة الثانية دأب [١٢] ....

---

(١) هذا إذا كانت اسمًا وتكون ظرفًا لما يستقبل من الزمان متضمنة معنى الشرط . وفي هذا تجاب بما يجاب به أدوات الشرط نحو إذا جاء زيد فقم إليه . انظر : الجني الداني ص ٣٦٠ كتاب الأزهية في علم الحروف ص ٢١٥ للعلامة على بن محمد الهروى . ط . مجمع اللغة العربية بدمشق ١٤٠١ هـ ١٩٨١ م .

(٢) في (ن) ، (ع) : [ومفارقة] .

(٣) المضاهاة هي : المشاكلة . مختار الصحاح - باب الضاد ٤٠٩ .

(٤) في (ن) ، (ع) : [كقوله] .

(٥) ساقطة من (ن) (ع) . انظر : المبسوط (١١٢/٦) .

(٦) ما بين المعكوفين ساقط من (ع) .

(٧) في (ن) ، (ع) : [وكذلك] .

(٨) انظر : الجني الداني ٣٦٠ المسائل المنثورة ص ٢١٥ لأبي على الفارسي ط مجمع اللغة العربية بدمشق .

(٩) هو : الحسن بن أحمد بن عبد الغفار أبو على الفارسي أخذ عن الزجاج وابن السراج وابن جنى وعلى بن عيسي . صنف كتبا كثيرة ، وعلت منزلته في النحو حتى قال قوم من تلامذته : هو فوق المبرد . من أشهر مصنفاته : التذكرة والحجة والمقصور والممدود والمسائل العسكرية والمسائل البصرية والكرمانية وغير ذلك . مات ببغداد سنة (٣٧٧ هـ) . انظر : في بغية الوعاة (٤٩٦/١-٤٩٨) طبقات الزبيدى ص ١٢٠معجم الأدباء (٢٣٢/٧) أنباه الرواة (٢٣٧/١-٢٧٥) .

(١٠) هو : عمرو بن عثمان بن قنبر أخذ النحو عن الخليل بن أحمد ويونس وغيرهم وأخذ اللغة عن الأخفش الكبير وقال الأزهري : كان سيبويه علامة حسن التصنيف . ومن أشهر مصنفاته « الكتاب » المنسوب إليه مات سنة (١٨٠ هـ) . انظر : في معجم الأدبان (١١٤/١٦) أنباه الرواة (٣٤٦/٢) بغية الوعاة (٢٢٩/٢) .

(١١) ساقطة من (م) .

(١٢) الدأب : العادة والملازمة يقال : مازال ذلك دينك ودأبك وديدنك كله من العادة . انظر : لسان =

بكار [١] شايحت [٢] أبكارها [٣] .

٢٣٧٢٦ - يقول : قد دعوتها أن انحر وأولادها الصغار « فهي غير مستبشرة [٤] برؤيته [٥] .

٢٣٧٢٧ - ويبين مفارقة « إذا » « لمتى » أن « إذا » لوقت معين « ومتى » ليست لوقت معين « ومتى » يصح فيها العموم [٦] والشمول وإذا لا يصح فيها ذلك [٧] .

٢٣٧٢٨ - ألا ترى أن « متى » تكون استفهاما لصحة العموم فيها « وإذا » لا تكون استفهاما ، لأنه لا يصح فيها العموم ، فشابهت أن في أنها شرط يمتنع فيها الاستفهام وفارقت « متى » « وأين » في ذلك .

٢٣٧٢٩ - ألا ترى أن من قال : متى دخلت الدار [٨] فأنت طالق . فتكرر الدخول تكرر الطلاق فلما شابهت « إذا » « أن » ألحقها أبو حنيفة بها لكثرة الشبه ، ولو تساوى شبهها « بإن » « ومتى » احتمل أن يتعجل الطلاق واحتمل أن يتأخر فلم يعجله بالشك فقضى بتأخيره [٩] .

٢٣٧٣٠ - احتجوا : بأن « إذا » لوقت مستقبل « وإذا » اسم لوقت ماض فإذا قال إذا لم أطلقك فأنت طالق [معناه : أي وقت لم أطلقك فأنت طالق] [١٠] فإذا مضى وقت يمكنه أن يطلقها فيه فلم يطلقها فقد وجدت الصفة فوجب أن يقع الطلاق كما إذا قال : أي وقت لم أطلقك أو متى لم أطلقك [١١] .

= العرب - باب الدال (١٣١٠/٢) .

(١) البكار بالكسر جمع البكر والمصدر البكارة والبكرة من الإبل وهي الفتية . القاموس باب الراء (٣٩٠/١) .

(٢) الشياح بالكسر الجد في كل شيء أو الحذار والمعنى جدت ومضت أو حازرت . القاموس باب الحاء (٢٤٠/١) .

(٣) هكذا في جميع النسخ وصحة العبارة [بكارها] كما في موطنه . انظر : الكتاب لسيبويه (٣٥٧/١) ط الهيئة المصرية العامة للكتاب - تحقيق عبد السلام هارون سنة ١٩٧٧ .

(٤) في (ن) ، (ع) : [مستبسرة] .

(٥) ساقطة من (ن) ، (ع) . انظر : المسائل العسكرية لأبي على الفارسي ﷺ ٨٦ ط أولي ١٤٠٣ هـ ١٩٨٢ م ط مطبعة المدني .

(٦) في (ن) ، (ع) : [المعمول] .

(٧) انظر : شرح المفصل (١٠٤/٩٦/٤) .

(٨) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٩) انظر : المبسوط (١١٢/١١١/٦) تبيين الحقائق : (٢٠٦/٢) .

(١٠) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) (ع) ومن صلب (ص) ومستدرك في الهامش .

(١١) في (ن) ، (ع) : [فقد وجدت الصفة فوجب أن يقع الطلاق أو متى لم أطلقك] وهي زيادة انظر : =

٢٣٧٣١ - قلنا : هذا وجه شبهها بمتى وقد بينا مشابهتها « إن » ومفارقتها « متى » ، ومتى تجاذبها الشبهان لم يصح لهم كلام ، حتى يبطلوا شبهها بإن ويلحقوها بمتى من كل الوجوه .

٢٣٧٣٢ - قالوا : « إذا » تفارق « إن » . ألا ترى أنه متى قال : أنت طالق إذا قامت القيامة كفَّر ، فدل على اختلافهما ولم يجز الشرط بينهما .

٢٣٧٣٣ - قلنا : هذه المفارقة لأن الشرط لا يتيقن حصوله في « إن » [وإذا يتيقن حصولها] [١] وهي بهذا تفارق « متى » لأنه لا يتيقن حصولها ، وكما دل على مفارقتها « إن » فكذلك دل على مفارقتها « متى » .

٢٣٧٣٤ - قالوا : لو قال لامرأته : أنت طالق إذا شئت لم يختص بالمجلس ويجوز لها أن تشاء الطلاق بعد قيامها كما لو قال : أنت طالق متى شئت . ولو قال لها : أنت طالق [إن شئت] [٢] اختص بالمجلس [٣] .

٢٣٧٣٥ - قلنا : قد بيّنا أن [٤] « إذا » أشبهت « متى » « وإن » . وفي مسألتنا قد ملكها الطلاق ، وإذا محتملة ، فلم يخرج من يدها بالشك ، كما أن في مسألتنا لما احتملت وقوع الطلاق في الحال وفي آخر العمر لم يعجل الطلاق بالشك [٥] .

* * *

= المبسوط (١١٢/٦) بدائع الصنائع (١٢٣/٣) النكت ورقة ٢١٩ .

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) (ع) ومن صلب (ص) ومستدرك في الهامش .

(٢) في (ن) ، (ع) : [متى شئت] وهو .

(٣) انظر : المبسوط (١١٢/٦) تبيين الحقائق (٢٠٦/٢) فتح القدير (٣٣/٣٢/٤) .

(٤) ساقطة من (ن) (ع) .

(٥) انظر : الاختيار (٨٠/٣) .

مسألة ١١٤٩

إذا قال لامرأته أنت طالق إلى شهر

٢٣٧٣٦ - روى الحسن [1] عن أبي حنيفة في من قال لامرأته : أنت طالق إلى شهر وقع الطلاق في الحال .

٢٣٧٣٧ - وقال محمد : لا يقع إلا بعد شهر [2] .

٢٣٧٣٨ - وبه قال الشافعي [3] .

٢٣٧٣٩ - لنا : أن قوله « إلى شهر » تأجيل والتأجيل إنما يصح دخوله في الحقوق الثابتة لتأخر المطالبة ، ولابد من إثبات الطلاق حتى يصح دخول التأجيل فيه ، والطلاق إذا وقع لم يدخله التأجيل بلغو ذلك التأجيل [4] ولأنا [لو لم] [5] نوقع الطلاق في الحال صار كأنه قال : أنت طالق إذا مضى شهر وإلا لا تكون بمعنى إذ الحال [6] .

٢٣٧٤٠ - احتجوا : بأنا لو أوقعنا الطلاق ألغينا التأجيل وتصحيحه أولى من إلغائه [7] .

٢٣٧٤١ - قلنا : إنما يصح [8] الكلام إذا كان له معنى ، فإذا لم يكن له معنى ، لم نحمله مالا يحتمله وإلا لثبتت له فائدة .

---

(١) هو : الحسن بن زياد اللؤلؤى صاحب أبي حنيفة أخذ الفقه عن أبي حنيفة وعنه محمد بن سماعة وعلى الرازى ومحمد بن شجاع وغيرهم مات سنة ٢٠٤ هـ . انظر : الفوائد البهية (٦٠،٦١) الجواهر المضية (٧٢/١) .

(٢) قال في المبسوط : لو قال : أنت طالق إلى شهر فإن نوى وقوع الطلاق عليها في الحال طلقت ولنا قوله «إلى شهر » لأن الواقع من الطلاق لا يحتمل الأجل وإن لم ينو ذلك لم تطلق إلا بعد مضى شهر وقال زفر رحمه الله لم تطلق في الحال وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله تعالى ، لأن قوله إلى شهر لبيان الأجل ، والأجل في الشيء لا ينفي ثبوت أصله ، بل لا يكون إلا بعد ثبوت أصله ، كالأجل في الدين لا يكون إلا بعد وجوب الدين ، فكذلك ذكر الأجل هنا فيما أوقعه لا ينفي الوقوع في الحال ، ولكن يلغو الأجل ، لأن الواقع من الطلاق لا يحتمل ذلك . وأصحابنا رحمهم الله تعالى يقولون الواقع لا يحتمل الأجل ولكن الإيقاع يحتمل ذلك » . المبسوط (١١٤/٦) البحر الرائق (٢٨٧/٣) .

(٣) قال في النكت : إذا قال أنت طالق إلى شهر ولم يكن له نية طلقت بعد شهر . المهذب (٩٣/٢) المجموع (١٩٨/١٧) روضة الطالبين (١٢٧/٨) . (٤) انظر : المبسوط (١١٤/٦) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) (ع) . (٦) انظر : المبسوط (١١٤/٦) .

(٧) انظر : المبسوط (١١٤/٦) النكت ورقة ٢٢٣ .

(٨) ساقطة من (ن) (ع) .

٢٦٧/أ

٢٣٧٤٢ - قالوا : يحتمل الغاية والشرط فإن حملناه على / الغاية فكأنه [1] قال : أنت طالق في مدة شهر دون ما بعده ويحتمل الشرط كما يقال : آتيك إلى شهر . بمعنى « بعد مضيه » [2] .

٢٣٧٤٣ - قلنا : لا يعرف هذا اللفظ في اللغة ولا يصح أن تقول آتيك إلى شهر بمعنى بعد شهر . وقد وافقنا أبو يوسف ومحمد أنه لو قال : إن دخلت الدار فأنت طالق أنها إذا دخلت وقع الطلاق في الحال [3] والطلاق المعلق بالشرط كالموقع بعد الشرط ، وإذا كان لا يتأجل بعد دخول الدار فلذلك لا يتأجل في الحال .

* * *

---

(١) في (م) : [كأنه] .

(٢) في (ن) ، (ع) : [بعد شهر] . انظر : المهذب (٩٣/٢) .

(٣) انظر : الاختيار (٩٧/٣) .

تصرفات المكره

٢٣٧٤٤ - قال أصحابنا : طلاق المكره وعتاقه ويمينه ونكاحه ونذره يصح [١] .

٢٣٧٤٥ - وقال الشافعي : لا يصح [٢] .

٢٣٧٤٦ - لنا : قوله تعالى ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ﴾ [٣] فأثبت الرجعة عقيب التطليقتين ولم يفصل وقال : ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا﴾ [٤] .

٢٣٧٤٧ - فإن قيل : القصد من الآية الأولى بيان الطلاق الرجعى ومن الثانية بيان التحريم بالثانية إلا بعد زوج .

٢٣٧٤٨ - قلنا : المعتبر العموم دون مقاصد المتكلم بالكلام وما خرج عليه .

(١) يكون مكرها بشروط هي (أ) قدرة المكره على إيقاع ما هدد به (ب) خوف حدوث المكره به عاجلًا مع امتناعه عن فعله قبل الإكراه (ج) أن يكون المكره به نفسًا أو عضوًا المبسوط (٦/١٧٦-٢٤/٤٠-٦٢-١٠٥) الاختيار (٢/١٤٣) .

(٢) هذا إذا كان الإكراه بغير حق ولا يصير مكرها إلا بثلاثة شروط أحدهما : أن يكون المكره قاهرًا له لا يقدر على دفعه . الثاني : أن يغلب على ظنه أن الذي يخافه من جهته يقع به . الثالث : أن يكون ما يهدده به مما يلحقه ضرر به كالقتل والقطع والضرب المبرح والحبس الطويل والاستخفاف بمن يتضرر من ذلك من ذوى الأقدار . انظر : المهذب (٢/٨٧) الوجيز (٢/٥٧) الإقناع (٢/١٥٧) . قوانين الأحكام ٢٥٢ جواهر الإكليل (١/٣٤٠) بداية المجتهد (٢/١٠) . انظر : المغنى (٨/٢٥٩/٢٦١) الشرح الكبير (٨/٢٤١/٢٤٤ ٢٤٥) والمبدع (٧/٢٥٤) وبه قال ابن حزم . انظر : المحلى (٩/٢٥٨) .

(٣) سورة البقرة : الآية ٢٢٩ .

(٤) سورة البقرة : الآية ٢٣٠ . ورد على هذا الاستدلال أمور منها : أولًا : أن الاحتجاج بعموم الآية فيه تناقض ، لأنهم لا يجيزون بيع المكره ، والله تعالى يقول : « وأحل الله البيع وحرم الربا » . ثانيا : أنهم خالفوا هذا العموم ولم يجيزوا طلاق الصبي ولا طلاق النائم . ثالثا : أن الله تعالى الذي قال هذا هو الذي قال « ولكن يؤاخذكم بما كسبت قلوبكم » والمكره لم يطلق قط وإنما قيل له : قل هي طالق ثلاثا فحكى قول المكره له . انظر : المحلى (٩/٢٦٣) . رابعًا : أن هذه الآية دخلها التقييد باستثناء طلاق الصبي والمجنون والنائم بما روى النبي ﷺ أنه قال رفع القلم عن ثلاث الحديث ، فبقيت دلالتها ظنية في الباقي فجاء الحديث « لا طلاق في إغلاق » ، فأخرج المكره ولحق بالثلاث - المشار إليهم آنفا . انظر : أركان الطلاق في الشريعة الإسلامية د/ محمد إسماعيل ص ٨٠ .

٢٣٧٤٩ – فإن قيل : إطلاق الطلاق يقتضي ما حصل مع الطوع [١] ألا ترى : أن من طلق جاز للشهود أن يشهدوا عليه أنه طلق طائعا .

٢٣٧٥٠ – قلنا : « ما ذاك » [٢] للإطلاق لكن لأنهم لم يعاينوا إكراهه فيصح أن يشهدوا تبعته [٣] عند الإيقاع ويدل عليه ما روى صفوان بن عمران الطائي [٤] أن رجلا كان مع امرأته فأخذت السكين فجلست على صدره [ووضعت السكين على صدره] [٥] ، فقالت : طلقني ثلاثا البتة أو لأذبحنك [٦] فناشدها فأبت عليه فطلقها ثلاثا فذكر ذلك للنبي ﷺ فقال : لا قيلولة في الطلاق [٧] ذكر محمد هذا الخبر في الأصل [٨] .

٢٣٧٥١ – فإن قيل : لا يقال : قيلولة وإنما يقال . إقالة والقيلولة من القايلة [٩] .

٢٣٧٥٢ – قلنا : قال أبو الفتح بن جنى [١٠] في شرح ....

(١) في (ن) ، (ع) : [التطوع] . (٢) في (ن) : [ما دال] .

(٣) في (ن) : [سفيه] .

(٤) هكذا في جميع النسخ ووقع في الإصابة » أنه صفوان بن غزوان الطائي » وفي الجرح والتعديل– لابن أبي حاتم أنه صفوان بن عمران . كذا في ميزان الاعتدال وفي لسان الميزان : أنه صفوان بن عاصم . انظر : الإصابة (٤٣٧/٣) الجرح والتعديل (٤٢٢/٤) ميزان الاعتدال (٣١٦/٢) لسان الميزان (١٩١/٣) . وهو : صفوان بن عمران الأصَم الطائي روى عن بعض أصحاب النبي ﷺ حديثا منكرًا في طلاق المكره ، وروى عنه الفاز بن جبلة وإسماعيل بن عياش . قال البخاري : حديثه منكر لا يتابع عليه . انظر : الإصابة (٤٣٨/٤٣٧/٣) الجرح والتعديل (٤٢٢/٤) ميزان الاعتدال (٣١٦/٢) لسان الميزان (١٩١/٣) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) (ع) ومن صلب (ص) ومستدرك في الهامش .

(٦) في (ن) ، (ع) : [أو لأذبحك] .

(٧) الحديث أخرجه بن منصور في سننه باب ما جاء في طلاق المكره (٢٧٦/٢٧٥/٣) والعقيلي في كتاب الضعفاء الكبير (٤٤١/٣/٢١١/٢) وأخرجه أبو محمد عبد الرحمن الرازي في علل الحديث (٤٣٦/١) وابن الجوزي في العلل المتناهية (١٦٠/١٥٩/٢) انظر : المحلي (٩/٥٢٦/١١) زاد المعاد (٤٠/٤) نيل الأوطار (٢٣٨/٦) .

(٨) انظر : الأصل ورقة (١٣/١٣٢) . مخطوط بمكتبة الأزهر تحت رقم ٢٠٦٦ فقه حنفي المبسوط (٤١/٢٤/١٧٦/٦) بدائع الصنائع (١٠٠/٣) رؤوس المسائل ٤٢٥ فتح القدير (٤٨٩/٤) .

(٩) هذا استدلال للمخالف بأن اللفظ الوارد في الحديث هو لا إقالة في الطلاق وأما القيلولة فلا تقال في الطلاق .

(١٠) هو : عثمان بن جنى بسكون الياء وكنيته أبو الفتح الموصلي أخذ عن أبي على الفارسي وعنه الثمانينى وعبد السلام البصري وأبو الحسن وغيرهم كان من أحذق أهل الأدب وأعلمهم بالنحو والتصريف . من أشهر تصانيفه : الخصائص واللمع وسر الصناعة والتلقين في النحو والمقصور والممدود وغير ذلك مات في صفر ٣٩٢ هـ . انظر : معجم الأدباء (٨١/١٢) بغية الوعاة (١٣٢/٢) طبقات الزبيدى ١٢٠ إنباه الرواة (٣٣٥/٢–٣٤٠) .

التصريف (١) : ويقال : أقلت الرجل في البيع [إقالة وقِلت من القائلة قيلولة ، وحدثني أبو على أن أبا زيد (٢) قال : يقال قلته في البيع] (٣) وأقلت وأقلته جميعا قال (٤) : ومعناه : أنك رددت عليه ما أخذت منه ورد عليك ما أخذ منك (٥) وهذا بناء يختص بمصادر المعتل نحو كينونة (٦) . وصيرورة وبينونة فتقول على هذا : في البيع قيلولة كما تقول : صار صيرورة وطار طيرورة وبان بينونة .

٢٣٧٥٣ – فإن قيل : يجوز أن يكون اعترف بالطلاق وادعى الإكراه (٧) .

٢٣٧٥٤ – قلنا : لا يجوز أن يعلق الحكم بغير السبب المنقول ، ولأنه لو كان كذلك لم « نقبل قوله » (٨) فدل على أن المانع تعذر الفسخ . ويدل عليه ما روى عن حذيفة بن اليمان (٩) [أنه قال] (١٠) ما منعني أن أشهد بدرا إلا أنى خرجت أنا وأبي فأخذنا كفار

---

(١) هذا كتاب للإمام أبي عثمان بن جني شرح فيه كتاب أبي عثمان بكر بن محمد المازنى في التصريف شرح فيه غوامضه وأوضح فيه مشكلاته مع إيراده للأشباه والنظائر . والكتاب طبع طبعة أولى سنة (١٣٧٣/١٩٥٤) م تحقيق إبراهيم مصطفى عبد الله أمين واسم الكتاب المصنف في شرح كتاب المازنى في التصريف . انظر : هدية العارفين (٦٥٢/٥) . للإمام إسماعيل باشا البغدادي ط دار الفكر بيروت سنة ١٩٣٩ هـ .

(٢) هو : سعيد بن أوس بن ثابت أبو زيد الأنصاري أخذ عن عمرو بن عبيد وأبي عمرو بن العلاء وأخذ عنه القاسم بن سلام ومحمد بن سعد الكاتب وأبو حاتم السجستاني وأبو حاتم الرازى وغيرهم . من أشهر مصنفاته : النحو الكبير ، ومعاني القرآن ، والنوادر ، وغريب الأسماء . مات سنة (٢١٤ هـ) بالبصرة . انظر : معجم الأدباء (٢١٢/١١) بغية الوعاة (٥٨٣/٥٨٢/١) إنباه الرواه (٣٠/٢) طبقات الزبيدى (١٦٦/١٦٥) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ومستدرك في الهامش .

(٤) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) والزيادة هذه من النص كما في شرح التصريف .

(٥) انظر : شرح التصريف (٤٤/٣) للإمام عثمان بن جنى ط مصطفى البابي الحلبي ط أولى (١٣٧٩/ ١٩٦٠) تحقيق إبراهيم مصطفى عبد الله أمين .

(٦) في (ن) ، (ع) : [قيدود] وهو .

(٧) هذا اعتراض للمخالف أورده الشيرازي في النكت على استدلال المصنف بحديث صفوان بأن الحديث يؤول على أن الرجل اعترف بالطلاق وادعى الإكراه . النكت ورقة ٢٣١ .

(٨) في (ن) ، (ع) : [لم يقبل قوله] ، وفي غيرهما : « لم يقل قبوله » .

(٩) هو : الصحابي الجليل حذيفة بن حسل بن جابر بن عمرو القطعانى روى عن النبي ﷺ وروي عنه ابنه أبو عبيدة وعمر بن الخطاب وعلى بن أبي طالب وقيس بن أبي حازم وغيرهم . شهد مع النبي ﷺ أحدا والأحزاب وما بعده ونهاوند وفتح همذان والري ودينور وغيرها . من فضائله : أنه كان صاحب سر رسول الله ﷺ في المنافقين وكفى بها فضيلة . مات سنة (٣٦ هـ) . انظر : الاستيعاب (٣٣٤/١-٣٣٥) أسد الغابة (٤٦٨/١-٤٧٠) الإصابة ق (٤٤/٢/٤٥) طبقات ابن سعد (٣٨٥/٥) .

(١٠) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

قريش ، فقالوا : إنكم تريدون محمدًا فقلنا : لا نريد إلا المدينة « فأخذوا منا عهد رسول الله ﷺ » [١] وميثاقه [٢] لتنصرفن إلى [٣] المدينة . . . ولا تقاتلا معه فأتينا رسول الله ﷺ فأخبرناه فقال : انصرفا فيا لهم بعهدهم ونستعين بالله عليهم [٤] فصح العهد [٥] مع الإكراه وأقر بالوفاء به [٦] وهذا يدل [على أن اليمين ينعقد بالإكراه والخلاف في الجميع واحد .

٢٣٧٥٥ – ويدل] [٧] عليه ما روى عطاء بن أبي رباح عن أبي روح عن أبي ماهل عن أبي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : ثلاث جدهن جد وهزلهن جد : النكاح والطلاق والرجعة [٨] .

٢٣٧٥٦ – ولا يخلو طلاق المكره أن يجعل في طلاق الجد أو الهزل وأيهما [٩] كان وقع [١٠] .

٢٣٧٥٧ – فإن قيل : فعل المكره نوع ليس بهزل ولا جد لأن الجاد من قصد اللفظ والفرقة والهازل من قصد اللفظ دون الفرقة ، والمكره الذي قصد الدفع فهو نوع ثالث كفعل المجنون والصبي [١١] .

٢٣٧٥٨ – قلنا : الجاد هو غير اللاعب والهازل هو اللاعب وليس ين النفي

---

(١) هكذا في جميع النسخ وصحة العبارة [عهد الله وميثاقه] كما في سياق الحديث صحيح مسلم (١٤١٤/٣) .

(٢) ساقطة من (ع) . (٣) ساقطة من (ن) (ع) .

(٤) الحديث أخرجه الإمام مسلم في صحيحه باب الوفاء بالعهد (١٤١/٣) .

(٥) في (ن) ، (ع) : [العقد] .

(٦) البيهقي هذا في معرفة السنن والآثار (٧٤/١١) .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) (ع) .

(٨) الحديث بلفظه أخرجه أبو داود باب في الطلاق على الهزل (٦٤٤/٦٤٣/٢) والترمذي في سننه باب ما جاء في الجد والهزل في الطلاق (٤٩٠/٣) . وابن ماجه في سننه باب من طلق أو نكح أو انظر لاعبا (٦٥٨/٦٥٧) والحاكم في المستدرك كتاب الطلاق (١٩٨/١٩٧/٢) وقال سعيد بن منصور في سننه باب الطلاق الذي لا رجوع فيه (٣٧٠/٣٦٩/٣) . والدارقطني في سننه (٢٥٦/٣) باب المهر والبيهقي في السنن الكبرى ، باب صريح ألفاظ الطلاق (٣٤١/٧) .

(٩) انظر : بدائع الصنائع (١٠٠/٣) تبيين الحقائق (١٩٥/٢) .

(١٠) انظر : المحلى (٥٢٨/١١) معرفة السنن والآثار (٧٥/١١) .

(١١) هذا اعتراض للمخالف أورده الشيرازي في النكت على استدلال المصنف بحديث أبي هريرة بأن الهازل من قصد اللفظ ولم يقصد المعنى ، والمكره لم يقصد اللفظ ولا المعنى .

والإثبات قسم زايد . فأما فعل المجنون فلا يدخل في التقسيم لأن الجد والهزل يكون في ذوى المقصود ، ويدل عليه قوله ﷺ : « الطلاق لمن أخذ بالساق » يعنى لمن أصابه وبيده النكاح ولم يفصل ، و[1] لأن الإكراه معنى يدل على فقد الاختيار ، مع صحة القول [2] فلا يمنع وقوع الطلاق كالهزل [3] .

٢٣٧٥٩ – فإن قيل : الهازل قصد اللفظ ولم يقصد الوقوع والمكره لم يقصد اللفظ فهو كالنائم .

٢٣٧٦٠ – قلنا : المكره قاصد إلى اللفظ ليدفع عن نفسه أعظم الضررين بأيسرهما . ألا ترى أنه لو قيل له لم طلقت ؟ لقال : اخترت الطلاق على ذهاب نفسي ، ولأنه معنى ينفى الرضا بزوال الملك فلم يمتنع وقوع الطلاق مع صحة القول كشرط الخيار [4] .

٢٣٧٦١ – ولأنه معنى من جهة الأجنبي يزيل الاختيار ، فلم يمنع وقوع الطلاق كالغضب [5] ولأنه لو عين التي أكره على طلاقها طلقت وكل من وقع طلاقه على إحدى نسائه وقع على سائر نسائه كغير المكره [6] ولأنه أرسل الطلاق على زوجته [وهو أهل الطلاق فوجب أن يقع منه كالهازل] [7] .

٢٣٧٦٢ – ولا يلزم الحاكي للطلاق لأنه لم يطلق زوجته . ولا يلزم المجنون لأنه ليس بمخاطب[8] ، ولأنه معنى يختص برفع الملك عن البضع فلا ينفيه الإكراه

---

(١) ساقطة من (ع) . (٢) في (ن) ، (ع) : [القيول] .

(٣) انظر : بدائع الصنائع (١٠٠/٧) . وقد نوقش هذا الاستدلال بأن المكره ليس بجاد ولا هازل في طلاقه . انظر : المحلى (٥٢٨/١١) .

(٤) رد الشيرازي هذا بأنه هناك اختار الطلاق بشرط باطل فسقط الشرط وبقى الطلاق ، وهاهنا أكره عليه فصار كما لو لم يصح . ولهذا لوارتد واستمهل القتل ثلاثة أيام حكم بردته . ولو أكره على الردة لم يحكم بردته ، ولأنه لو باع بشرط الخيار ثم مات في المدة لزمه البيع عندهم ، ولو أكره عليه ثم مات لم يلزم فدل على أن الإكراه أبلغ – انظر النكت ٢٢ .

(٥) هناك فرق بين الغضب والإكراه ، لأن الغضب يكون دلالة حال على إرادة الطلاق ظاهرا وأما الإكراه فهو حمل على أمر هو له كاره .

(٦) في (ص) ، (ن) ، (ع) : [الملك] .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) (ع) . وقد رد الشيرازي هذا فقال لا نسلم أنه إيقاع بل يحكي لفظ الإيقاع كالحاكي ، ثم المكره يخالف المختار كما قلنا في الإقرار والقطع والبيع والردة والهازل قصد اللفظ فلزمه موجبه ، وهذا لم يقصد اللفظ ولا موجبه ، ولهذا يصح إقرار الهازل ولا يصح إقرار المكره . انظر : النكت ورقة ٢٢١ .

(٨) في (ن) ، (ع) : [بمخاطب] ، وفي غيرهما : « مخاطب » انظر : البحر الرائق (٢٦٨/٣) .

كالرضاع [1] . ولا يلزم الردة ، لأنها قد تزيل الملك وقد لا تزيل إذا ارتد الزوجان معًا [2] ولأنها لا تختص بإزالة [الملك عن] [3] البضع بل تزيل الملك عن سائر المملوكات [4] .

٢٣٧٦٣ – فإن قيل : المعنى في الرضاع أنه فعل والإكراه لا يؤثر في الأفعال ، والطلاق قول والإكراه يؤثر في الأقوال كالبيوع [5] ولأن المجنون لو أعتق أمته لم تعتق ولو استولدها ثبت الاستيلاد ، وكان الفرق بينهما أن أحدهما قول والآخر فعل [6] .

٢٣٧٦٤ – قلنا : والإكراه قد يؤثر في الأفعال بدلالة المكره على شرب الخمر لا يجب عليه الحد [7] وكذلك المكره على الزنا عندهم [8] . والأقوال قد لا يؤثر فيها الإكراه لأنه إذا أكره الحربي على الإيمان صح إيمانه [9] . ولأن المجنون إنما اختلفت [10] أقواله وأفعاله لأن الجنون لا يقع في الأفعال ويقع في الأقوال ، والإكراه يؤثر فيما يؤثر فيه عدم الاختيار كالبيع يؤثر فيه فَقْدُ الاختيار [11] والطلاق لا يؤثر فيه ذلك .

٢٣٧٦٥ – ويدل عليه أن المكره مكلف ، بدلالة أنه يجوز عليه أن يقتل ويزنى وإن أكره على ذلك ومباح له أن يظهر كلمة الكفر ، وواجب عليه أن يشرب الخمر ويأكل الميتة ، فلما خوطب بالحظر والإباحة والإيجاب [12] دل [13] على أنه مكلف ،

---

(١) رد ابن حزم هذا فقال : ثم نقول لهم إن الرضاع لا يراعى فيه نية بل رضاع المجنونة والنائمة كرضاع العاقلة ، لقول النبي ﷺ : « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » فلا مدخل للإرادة في الرضاع ، ولا هو من عمل أمرت به فيراعى فيه نيتها . انظر : المحلى (٢٦٧/٩) . زد على ذلك بأنه لو كان كالرضاع لصح مع الجنون والنوم ، ثم الرضاع فعل والطلاق قول وحكم الأمرين مختلف .

(٢) إذا ارتد الزوجان معًا لا تقع الفرقة بينهما استحسانا حتى لو أسلما معا فهما على نكاحهما . والقياس أن تقع الفرقة بينهما . بدائع الصنائع (٢٣٨/٢٣٧/٢) .

(٣) ما بين المعكوفين ساقط من (م) .

(٤) انظر : بدائع الصنائع (١٨٦/٧) .

(٥) في (ن) ، (ع) : [كالبيع] .

(٦) هذا اعتراض للمخالف أورده الشيرازي في النكت على قياس المصنف على الرضاع بأن المعنى في الرضاع أنه فعل والإكراه لا يؤثر في الأفعال ، والطلاق قول وحكم الأمرين يختلف – ولهذا لا ينفذ قول المجنون لو اعتق أمته ، ولو استولدها ثبت الاستيلاد . والفرق بينهما أن أحدهما قول والآخر فعل . انظر : النكت ورقة ٢٢١ .

(٧) انظر : بدائع الصنائع (١٧٨/٧) .

(٨) قال في المهذب : وهل يجب الحد على الرجل إذا أكره على الزنا فيه وجهان : أحدهما –وهو المذهب : إنه يجب عليه ، والثاني لا يجب عليه .

(٩) انظر : بدائع الصنائع (١٨٦/٧) .

(١٠) في (ن) ، (ع) : [اختلف] .

(١١) انظر : بدائع الصنائع (١٨٦/٧) .

(١٢) في (ن) ، (ع) : [والأصحاب] .

(١٣) ساقط من (ن) (ع) .

والمكلف (١) إذا خاطب زوجته بالطلاق وقع طلاقه كالغضبان .

٢٣٧٦٦ – احتجوا : (٢) بما روى أن النبي ﷺ قال : رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه (٣) .

٢٣٧٦٧ – والجواب : أن ظاهر الخبر متروك المعنى ولا يمكن اعتبار عمومه ، وذلك لأن الظاهر (٤) رفع الفعل المسمى ، والخطأ الذى وقع عليه الإكراه ، ونحن نعلم أن هذه الأفعال موجودة غير مرتفعة فعلم أن المرفوع غير الفعل ، فليس لهم أن يحملوه على رفع الفعل المضمر ولأن حكم الخطأ « لا يرتفع » (٥) بالإجماع بدلالة وجوب الدية وضمان الأموال (٦) فلم يبق إلا أن يحمل على المأثم (٧) .

٢٣٧٦٨ – فإن قيل : روى هذا الخبر بألفاظ منها « عفي لأمتي » [ومنها تجاوز] (٨) ومنها « رفع « فيحمل رفع على معنى اللفظين .

٢٣٧٦٩ – قلنا : [هذا يحقق ما قلنا : أن العفو] (٩) والتجاوز يستعمل في رفع المأثم (١٠) – وهو فيه أظهر – كلفظ الرفع ، فالواجب حمل لفظ الرفع عليه .

٢٣٧٧٠ – فإن قيل : الخبر يقتضي رفع المكره عليه وعندنا الطلاق لا يقع فقد قلنا بالخبر (١١) .

٢٣٧٧١ – قلنا : الطلاق بعض ما دخل تحت العموم والخبر يقتضي رفع كل فعل

---

(١) ساقط من (ن) (ع) .

(٢) انظر : المهذب (٧٨/٢) النكت للشيرازي ٢٢١ بداية المجتهد (٦٩/٢) . نهاية المحتاج (٤٤٥/٦) الشرح الكبير (٧٨٩/٢) والكافي (٧٨٩/٢) .

(٣) الحديث أخرجه ابن ماجه ، باب طلاق المكره والناسى (٦٥٩/١) والدارقطنى في سننه باب النذور (١٧١/٤) . والبيهقى في السنن الكبرى باب من زنى بامرأة مكرهة (٢٣٥/٨) وأيضا في باب ما جاء في طلاق المكره (٣٥٦/٧) الحاكم في المستدرك (١٩٢/٢) – وعبد الرزاق في المصنف (٤٠٩/٦/ ٤١٠) . والطبرانى في المعجم الكبير مجمع الزائد (٢٥٠/٦) المعجم الكبير (٩٧/٢) .

(٤) في (ن) ، (ع) : [وذلك ولا معنى له] .

(٥) في (ن) ، (ع) : [لا يرفع] .

(٦) انظر : الجوهر النقي (٣٥٧/٧) .

(٧) انظر : بدائع الصنائع (١٨٢/٧) فتح القدير(٤٨٨/٤/ ٤٨٩) البحر الرائق (٢٦٤/٣) . وقد رد ابن حزم هذا بأنه إخبار من النبي ﷺ بأنه رفع عن المكره حكم كل ذلك كما رفع عن المصلى فعله بالسهو في السلام والكلام وعن الصائم أكله وشربه وجماعه سهوا وعن البائع مكرها بيعه – المحلى (٢٦٧/١١) .

(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) (ع) .

(٩) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) (ع) .

(١٠) ساقطة من (ن) (ع) .

(١١) ساقطة من (م) .

خطأ ومكره عليه وقد أجمعنا أن ذلك لا يرتفع - وإن اختلفنا [١] في الطلاق ، وإذا انتفى الظاهر في مواضع الاتفاق لم يقدح في كلامنا ما ينفرد مخالفنا به في موضع الخلاف .

٢٣٧٧٢ - فإن قيل : الذي استكره عليه هو وقوع الطلاق فيجب أن يكون مرفوعا .

٢٣٧٧٣ - قلنا : هذا غلط إنما يكره على اللفظ والحكم لا يصح الإكراه عليه لأنه ليس من فعله فلم يبق إلا أن يكون المرفوع اللفظ وذلك غير مرتفع باتفاق فعلم أن الذي رفع بالإكراه هو المواخذة [٢] والمأثم .

٢٣٧٧٤ - فإن قيل : الطلاق لا مأثم فيه فكيف ينتفي عنه المأثم بالإكراه ، ولا مأثم فيه مع عدم الإكراه

٢٣٧٧٥ - قلنا : هذا غلط لأن الطلاق فيه مأثم إذا وقع في حال الحيض وعقيب الجماع أو جمع في لفظ واحد [٣] وهذا المأثم يرتفع بالإكراه . ثم هذا غلط ؛ لأنا إذا بينا بالدلالة التي قدمناها أن معنى الخبر رفع مأثم الخطأ وذلك لا يوجد في الطلاق وتناول الخبر ما يأثم بفعله فينتفي « عنه المأثم / » [٤] بالإكراه وخرج الطلاق من اللفظ وعلمنا أنه يتناوله [٥] . ٢٦٧/ب

٢٣٧٧٦ - احتجوا : [٦] بما روت عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال : لا طلاق في إغلاق [٧] .

٢٣٧٧٧ - قالوا : قال أبو عبيد [٨] وابن قتيبة الإغلاق : الإكراه [٩] .

---

(١) في (ن) ، (ع) : [اختلفا] .
(٢) في (ن) ، (ع) : [الواحدة] .
(٣) انظر : المبسوط (٧/٤/٦) .
(٤) في (ن) ، (ع) : [عنه المأثم] .
(٥) في (ن) ، (ع) : [تناوله] .
(٦) انظر : النكت ورقة ٢٢١ نهاية المحتاج (٤٤٥/٦) مغنى المحتاج (٢٨٩/٣) الشرح الكبير (٢٤٢/٨) المبدع (٢٥٤/٧) .
(٧) الحديث أخرجه أبو داود في سننه باب في الطلاق على غلط (٦٤٣/٦٤٢/٢) ابن ماجه في سننه باب طلاق المكره (٦٥٩/١) والبيهقى في السنن الكبرى باب جامع الإيمان (٣٥٧/٧) وأحمد في مسنده (٢٧٦/٦) والحاكم في المستدرك كتاب الطلاق (١٩٨/٢) وأبو يعلى في مسنده (٤٤٤/٤٢١/٧ ٥٣٥٢/٨) .
(٨) أبو عبيد القاسم بن سلام بن عبد الله - سمع سفيان بن عيينة وعبد الله بن المبارك ويحي القطان وابن مهدى وأخذ اللغة عن أبي عبيدة وأبي زيد وجماعة ، وروى عنه عبد الله بن الرحمن الدارمى ووكيع وعباس الدوري وغيرهم . صنف التصانيف ، منها : كتاب الأموال وغريب الحديث والمنسوخ وفضائل القرآن وغيرها . مات سنة ٢٢٤ بمكة . انظر : طبقات الشيرازي ٩٢ طبقات السبكى (١٥٣/٢) طبقات الزبيدى ١٩٩ سير أعلام النبلاء (٤٩٠/١٠) .
(٩) انظر : النهاية في غريب الحديث (٣٧٩/٣) .

٢٣٧٧٨ - والجواب : عن هذا الخبر ذكره البخاري [١] في تاريخه [٢] فقال : قال أحمد بن حنبل حدثنا سعد بن إبراهيم وهو أبو إسماعيل الزهري [٣] قال : حدثني أبي [٤] عن [٥] محمد ابن إسحاق [٦] قال : حدثني ثور بن يزيد الكلاعى [٧] عن محمد بن عبيد بن أبي صالح المكي [٨] قال : حججت مع عدى بن عدى

---

(١) الإمام الحافظ محمد بن إسماعيل بن إبراهيم أبو عبد الله البخاري روى عن مكي بن إبراهيم ومحمد بن عبد الله الأنصاري وعفان وأبي عاصم النبيل وخلائق غيرهم . وروي عنه الإمام مسلم والترمذى والنسائي وأبو زرعة وابن خزيمة وغيرهم . قال ابن خزيمة : ما رأيت تحت أديم السماء أعلم بحديث رسول الله ﷺ ولا أحفظ له من البخاري . من أشهر مصنفاته : الجامع الصحيح والتاريخ الكبير والتاريخ الصغير والأدب المفرد وغيرها مات سنة (٢٥٦ هـ) . انظر : تهذيب التهذيب (٥٥/٤٧/٩) الكاشف (١٨/٣) تذكرة الحفاظ (٥٥٧/٥٥٥/٢) الجرح والتعديل (١٩١/٧) .

(٢) « التاريخ الكبير » للإمام محمد بن إسماعيل البخاري جمع فيه أسماء الرواة : ثقاتهم وضعفاءهم من رواة الأحاديث ، مع دراسة لأحوالهم . كشف الظنون (٢٨٧/١) وهو مطبوع .

(٣) جاء في جميع النسخ « يعقوب بن إبراهيم » وهو أبو إسماعيل الزهري - وصحته كما في تاريخ البخاري (١٧٢/١) « سعد بن إبراهيم » . وهو : سعد بن إبراهيم بن سعد أبو إسحاق البغدادي ، روى عن أبيه وابن أبي ذئب وروي عنه ابناه عبد الله وعبيد الله وأحمد بن حنبل وغيرهم . قال ابن معين : ثقة مات سنة (٢٠١ هـ) . انظر : الجرح والتعديل (٨٠/٧٦/٤) تهذيب التهذيب (٤٦٢/٣) الثقات لابن حيان (٢٨٣/٨) خلاصة تهذيب الكمال (٣٦٧/١) .

(٤) إبراهيم بن سعد بن إبراهيم أبو إسحاق المدني روى عن الزهري هشام بن عروة ومحمد بن إسحاق وغيرهم وروي عنه الليث وقيس بن الربيع وشعبة وغيرهم قال أبو حاتم ثقة مات سنة (١٨٣ هـ) له في الكاشف (٢٣٧/١) الجرح والتعديل (١٠٢/١٠١/٢) تهذيب التهذيب (١٢١/١) .

(٥) ساقطة من (م ن ع) .

(٦) محمد بن إسحاق بن يسار المدني أبو بكر روى عن مكحول وحميد الطويل والنخعى والزهري وغيرهم ، وروي عنه يحيى بن سعيد وجرير وإبراهيم بن سعد وخلق كثير . قال ابن معين : ثقة . مات سنة (١٥٢هـ) . انظر : ميزان الاعتدال (٤٦٨/٣-٤٧٦) الثقات (٣٨٥/٣٨٠/٧) تهذيب التهذيب (٣٨/٩-٤٦) خلاصة تهذيب الكمال (٣٧٩/٢) .

(٧) ثور بن يزيد بن زياد الكلاعى روى عن خالد بن معدان ورجاء بن حيوة وعكرمة وغيرهم ، وروى عنه إسماعيل بن عياش والثوري وبقية بن الوليد وغيرهم . قال يحيى بن القطان : ثقة . انظر : تهذيب الكمال (٤١٨/٤-٤٢٨) الجرح والتعديل (٤٦٨/٢-٤٦٩) الكاشف (١٢٠/١) رجال صحيح البخاري (١٣٣/١) .

(٨) محمد بن عبيد بن أبي صالح المكي روى عن مجاهد وصفية بنت شيبة ، وروى عنه عدى بن عدى وثور بن يزيد وعبيد الله بن أبي جعفر وغيرهم . قال أبو حاتم ضعيف الحديث مات سنة ١٣٢ هـ . انظر : الثقات لابن حبان (٣٧١/٧) الجرح والتعديل (١٠/٨) تهذيب التهذيب (٣٣٠/٩) خلاصة تهذيب الكمال (٤٣٥/٢) .

الكندي[1] فبعثني إلى صفية بنت شيبة بنت عثمان [2] حاجب الكعبة لأسألها عن أشياء سمعتها عن عائشة رضي الله عنها [عن النبي ﷺ] [3] [فكان فيما حدثتني أنها] [4] [سمعت عائشة رضي الله عنها] [5] تقول سمعت النبي ﷺ يقول : لا طلاق ولا عتاق في إغلاق [6] .

٢٣٧٧٩ - وكذلك رواه الدارقطني [7] ثم رواه عن [8] محمد [9] من طريق قزعة ابن سويد [10] قال : حدثنا زكريا بن إسحاق [11] ومحمد بن عثمان [12] عن صفية

---

(١) عدى بن عدى بن عميرة الكندى روي عن أبيه ورجاء بن حيوة والضحاك وغيرهم ، وروي عنه أيوب وجرير بن حازم وأبو الزبير وغيرهم . قال العجلي وأبو حاتم : ثقة مات سنة (١٢٠ هـ) . انظر : التاريخ الكبير (٤٤/٤) الجرح والتعديل (٣/٧) الكاشف (٢٢٧/٢) تهذيب التهذيب (١٦٨/٧/١٦٩) .

(٢) صفية بنت شيبة بن عثمان العبدرية - اختلف في صحبتها ، وصرح البخاري بسماعها من النبي ﷺ . روت عن النبي ﷺ وعائشة وأم سلمة وأسماء وغيرهم ، وروى عنها عبيد الله بن أبي ثور وميمون بن مهران وقتادة والحسن بن مسلم . ماتت سنة ١١٠ هـ . انظر : الاستيعاب (١٨٧٣/٤) أسد الغابة (١٧٢/٧) الإصابة (٧٤٣/٨) طبقات ابن سعد (٣٤٤/٨/٣٤٥) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) ومستدرك في الهامش .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(٦) انظر : التاريخ الكبير للإمام البخاري (١٧٢/١) .

(٧) انظر : سنن الدارقطني (٣٦/٤) .

(٨) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٩) محمد بن سعيد بن الوليد الخزاعى : روى عن عبد الأعلى وخالد بن الحارث وهشام الكلبي وغيرهم وروى عنه البخاري وأبو زرعة وأبو حاتم وغيرهم . قال أبو حاتم فقيه صدوق . مات سنة (٢٣٠ هـ) انظر : الجرح والتعديل (٢٦٥/٧) الكاشف (٤٢/٣) تهذيب التهذيب (١٩٠/٩) خلاصة تهذيب الكمال (٢٠٧/٢) رجال صحيح البخاري (٦٥٢/٢) .

(١٠) قزعة بن سويد بن حجير الباهلى : روى عن الأعرج ومحمد بن المنكدر وأبي الزبير المكي ومسدد وإبراهيم بن الحجاج وغيرهم . انظر : ميزان الاعتدال (٣٨٩/٣) تهذيب التهذيب (٣٧٦/٨) المغنى في الضعفاء (٥٢٥/٢) الضعفاء والمتروكين للنسائي ٢٠٣ .

(١١) زكريا بن إسحاق المكي : روى عن عمرو بن دينار والوليد بن عبد الله وعطاء وغيرهم وعنه أزهر بن القاسم وبشر بن السري ووكيع وعبد الله بن المبارك وغيرهم . قال أبو داود : ثقة . انظر : تهذيب الكمال (٣٥٦/٩) الكاشف (٢٥٢/١) ميزان الاعتدال (٧١/٢) .

(١٢) هو : محمد بن عثمان بن خالد الأموي : روى عن أبيه وإبراهيم بن سعيد وأبو زرمة وغيرهم . وروى عنه أبو حاتم وموسى بن هارون وغيرهم - قال أبو حاتم : ثقة . مات ١٣٠ هـ . انظر : الجرح والتعديل (٢٥/٨) تهذيب التهذيب (٢٩٩/٩) ميزان الاعتدال (٦٤٠/٣) .

بنت شيبة عن عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال : لا طلاق ولا عتاق في إغلاق [١] وقزعة عندهم واهي الرواية [٢] وكل واحد من الحديثين لم يخرجه البخاري ولا مسلم [٣] وقولهم إن أبا عبيد وابن قتيبة فسرا الحديث وقالا : الإغلاق : الإكراه .

٢٣٧٨٠ - ولم يذكر أبو عبيد هذا الحديث [٤] [وإنما ذكره القتبى [٥] ولم يبين من أين قال ذلك ، وليس هو حجة عند أهل العربية [٦] .

٢٣٧٨١ - وقد ذكر] [٧] ابن دريد [٨] ، وهو الحجة ، غَلَقَ الرجل يغلق : إذا ساء خلقه ، ويقال غلق الرهن يغلق : إذا ذهب بالدين [٩] .

٢٣٧٨٢ - وليس يستعمل غلق في اللغة إلا في أحد هذين الوجهين . وقال القتبى : غلق إذا غضب [١٠] وهو قريب مما قال ابن دريد ، وقد استعمل غلق في الخبر استعارة [١١] من غلقان : الرهن وجاء ذلك في أشعارهم : -

---

(١) انظر : سنن الدارقطني (٣٧/٣٦/٣) .

(٢) انظر : الضعفاء والمتروكين للنسائي ١٠٤ المغنى في الضعفاء (٢٢٥/٢) .

(٣) مسلم بن الحجاج القشيري : روى عن أحمد بن يونس وسعيد بن منصور وعلى بن الحسن وغيرهم ، وروى عنه الترمذي والرازى وخلائق غيرهم . من أشهر مصنفاته الصحيح . قال مسلمة بن القاسم ثقة جليل القدر من الأئمة . مات سنة ٢٦١هـ . انظر : تهذيب التهذيب (١١٣/١٠-١١٥) الجرح والتعديل (١٨٢/٨) تذكرة الحفاظ (٥٨٨/٢) .

(٤) انظر : غريب الحديث لأبي عبيد القاسم بن سلام (١١٤/٢) مادة غلق ط دار الكتاب العربي بيروت .

(٥) انظر : النهاية في غريب الحديث .

(٦) ساقطة من (ن) (ع) . انظر : الصاحبى لأبي الحسين أحمد بن فارس ص ٣١ ط عيسى البابى الحلبي ١٩٧٧ م تحقيق السيد أحمد صقر . وهذا النقل موجود في غريب الحديث لابن قتيبة (٢٩٣/١/٢٩٤) .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ومستدرك في الهامش .

(٨) هو محمد بن الحسن بن دريد بن قحطان . ولد بالبصرة سنة ٢٢٣ هـ أخذ عن عبد الرحمن بن أخي الأصمعي وأبي حاتم السجستاني وأبي الفضل الرياش وغيرهم ، وعنه أبو سعيد السيرافى وعمر بن محمد بن سيف وأبو عبيد المرزباني وغيرهم . له من التصانيف : كتاب الجمهرة في اللغة الاشتقاق ، رواة العرب ، اللغات وغيرها مات سنة (٣٢١ هـ) . انظر : في بغية الوعاة (٧٦/١-٨١) معجم الأدباء (١٢٧/١٨) إنباه الرواة (٩٢/٣-١٠٠) طبقات الزبيدى (١٨٤/١٨٣) .

(٩) انظر : جمهرة اللغة لأبي بكر محمد بن الحسن بن دريد (١٤٩/٣) ط مجلس دائرة المعارف العثمانية الهند ط أولى ١٣٤٥ هـ .

(١٠) انظر : النهاية في غريب الحديث (٣٧٩/٣) .

(١١) الاستعارة في اللغة : مأخوذة من العارية : أي نقل الشيء من شخص إلى آخر . لسان العرب (١٣٦٨/٤) =

وَفَارَقَتْكَ بِرَهْنٍ لا فِكَاكَ له (١) يوم الوداع فأمسى الرهن قد غلقا (٢) .

٢٣٧٨٣ - وقال ابن أبي ربيعة (٣) :

وكم من قتيل لا يباء به دم ومِنْ غَلِقٍ رَهْنًا إذا ضَمَّه منى (٤) .

٢٣٧٨٤ - نقول : من ذلك غَلِق غَلاقًا فهو غلق . والخبر الثابت « لا طلاق ولا عتاق في غلاق (٥) : أي لا يطلق الرجل المحب للمرأة ولا يعتق المولى (٦) المحب ، لأن نفسه تتبعها ولا يقدر عليها ، وهذا معنى قوله ﴿ لَا تَدْرِي لَعَلَّ ٱللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا ﴾ (٧) فإن (٨) صح اللفظ الآخر وهو لا (٩) طلاق في إغلاق فهو من هذا أيضًا ، لأنه يريد أن غيره أدخله في هذا ، فتقول : أغلقه غيره إغلاقا فهو مغلق ، والعرب تجعل العاشق مرة فاعلًا ومرة مفعولًا .

٢٣٧٨٥ - قال الشاعر

تامت (١٠) فؤادك لن تنجزك ما وعدت (١١) إحدى نساء بنى ذهل بن شيبانا (١٢) .

= باب العين . وفي الاصطلاح : ذكر الشيء باسم غيره أو إثبات ما لغيره له لأجل المبالغة في التشبيه . انظر : الإيضاح (٣٧/٥) شروح التلخيص ٥٥٥ .

(١) فكاك الرهن بفتح الغاء وكسرها ما يُفتكك به مختار الصحاح باب الفاء ٥٣٥ .

(٢) غَلَقَ الرهن من باب طَرِب استحقه المرتهن وذلك إذا لم يُفْتك في الوقت المشروط مختار الصحاح باب الغين . البيت لزهير بن أبي سلمى وهو يمدح هرما وأباه وأخوته . انظر : ديوان زهير ابن أبي سلمى ص ٣٩ ط دار صادر بيروت .

(٣) هو : عمر بن عبد الله بن أبي ربيعة المخزومى ولد في الليلة التي توفى فيها عمر بن الخطاب ﷺ فتسمى باسمه كان من أرق شعراء عصره وهو من طبقة جرير والفرزدق - مات غرقًا سنة (٩٣ هـ) . انظر : في الأغاني (٢٨/١) للإمام أبي الفرج الأصبهاني (٢٨/١) ط دار الفكر بيروت .

(٤) البيت هكذا في جميع النسخ . انظر : ديوان عمر بن أبي ربيعة ص ٢٧٢ ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، تحقيق على مكي . والبَوَاء هو : السواء يقال دم فلان بواء لدم فلان إذا كافأه . مختار الصحاح - باب الباء ٨٢ .

(٥) بهذا اللفظ أخرجه أبو داود في سننه - باب الطلاق على غضب (٦٤٣/٦٤٢/٢) - وفي إسناده محمد بن عيد بن أبي صالح ضعفه أبو حاتم الرازى وقال الذهبي لم يحتج به . تلخيص الحبير (٢١٠/٣) .

(٦) ساقطة من (م) .

(٧) سورة الطلاق : الآية ١ .

(٨) في (ع) : [إن] .

(٩) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(١٠) في (م) : [ناعمت] . تأمت فلانة فلانا تتيَّمة وتيَّمة تتييما إذا ذهبت بعقله - جمهرة اللغة (٣٠/٢) - ط دار صادر - بيروت ط أولى .

(١١) نَجَز الوعد وأنجز حُرٌّ ما وعد مختار الصحاح باب النون ٦٧٢ .

(١٢) البيت بهذا اللفظ رواه أبو على في التذكرة القصرية عن ابن دريد « تامت فؤادك لم تنجزك ما وعدت =

٢٣٧٨٦ - وكذلك يقال مُتَيّم ومَشْغُوف [١] ومُسْتَهام [٢] ومُسْتَطار وهذه أسماء المفعول به قال اللّٰه تعالى : ﴿ قَدْ شَغَفَهَا حُبًّا ﴾ [٣] فجعلها وهي العاشقة مفعولا بها وجعله وهو المعشوق فاعلا فعلى هذا يحتمل الإغلاق وإن ثبتت الرواية كأنه قال : في حال الإغلاق من يحبه إياه يوضح هذا قول بشر بن أبي خازم [٤] :

فإن يُكن للعقليات شطت بهن وبالرهينات الديار [٥] .

٢٣٧٨٧ - فسمى القلوب رهينة فهذا معنى غلق وأغلق .

٢٣٧٨٨ - فأما حمله على الإكراه فلا وجه له في اللغة فلا يجوز التشاغل به [٦] وإن حملنا اللفظ على الغضب - كما قال ابن قتيبة [٧] - وهو قريب من تغير الخلق الذي قاله ابن دريد فكأنه عليه السلام نهى عن الطلاق في حال الغضب ، لأن الإنسان يندم عند سكون غضبه في العادة [٨] .

= « ويروى » تامت فؤادك لم يحزنك ما صنعت وكذا أنشده الجوهري في الصحاح . . وقال ابن برى في أَماليه على الصحاح المشهور في إنشاده لم تقض الذي وعدت . انظر : شرح أبيات المغنى (١١٠/١٠٩/٥) ط دار المأمون للتراث بيروت لعبد القادر بن عمر البغدادي - تحقيق عبد العزيز رماح أحمد يوسف ، وخزانة الأدب ولب لباب لسان العرب على شواهد الكافية للبغدادي (٥٢٢/٤) ط بولاق ط أولى جمهرة اللغة (٣٠/٢) اللسان (٤٦١/١) .

(١) الشغاف بالفتح غلاف القلب وهو جلدة دونه كالحجاب - يقال شغفه الحب أي بلغ شغافه - مختار الصحاح - باب الشين ٣٦٣ .

(٢) قلب مستهام أي هائم . مختار الصحاح - باب الهاء (٧٣٠/٧٢٩) .

(٣) سورة يوسف : الآية ٣٠ .

(٤) هو : بشر بن أبي حازم من بنى أسد جاهلي قديم شهد حرب أسد وطئ له قصائد في الفخر والحماسة جيدة - مات قتيلا سنة ٥٣٣ م . انظر : المؤتلف والمختلف ٧٧ الشعر والشعراء لابن قتيبة (٢٧٧/٢٧٦/١) خزانة الأدب (٤٤١/٤) - الأغاني (١٣٧/١٣/١٥٧/٩) .

(٥) انظر : ديوان بشر بن أبي خازم .

(٦) قال ابن منظور في لسان العرب في باب الغين مادة غلق . وفي الحديث « لا طلاق ولا عتاق في إغلاق » أي في إكراه ومعنى الإغلاق : الإكراه لأن المغلق مكره عليه أمره ومضيق عليه في تصرفه كأنه يغلق عليه الباب ويحبس ويضيق عليه حتى يطلق . انظر : لسان العرب (٣٢٨٣/٥) .

(٧) انظر : . النهاية (٣٧٩/٣) .

(٨) أما الحمل على الغضب فقد وقع في سنن أبي داود في رواية ابن الأعرابي وكذا ذكره أحمد وردَّه ابن السيد فقال : لو كان كذلك لم يقع على أحد طلاق لأن أحدًا لا يطلق حتى يغضب . انظر : تلخيص الحبير (٢١٠/٣) عون المعبود (٢٦٢/٦) .

٢٣٧٨٩ - وقد حمل أصحابنا الخبر على الجنون وقالوا : المجنون المغلق عليه في الحقيقة ، لأن طلاقه لا يقع بوجه [١] . فأما المكره فيقع طلاقه في حال الإكراه على سائر نسائه ، وعلى المرأة التي أكره على طلاقها ، إن اختار ذلك . إلا أن الذي تقتضيه العلة على ما قدمنا .

٢٣٧٩٠ - قالوا : روى عن عمر [٢] وعلى [٣] وابن عباس [٤] وابن الزبير [٥] أن طلاق المكره لا يقع ، ولا مخالف لهم [٦] .

٢٣٧٩١ - قلنا : روى عمرو بن شرحبيل [٧] أن امرأة كانت مبغضة لزوجها فراودته على الطلاق فأبى ، فلما رأته نائما قامت إلى سيفه فوضعته على بطنه ثم حركته برجلها ، فلما استيقظ قالت له : والله لأنحرنك أو تطلقني ، فطلقها ثلاثا فرمت بالسيف ، فأتى عمر بن الخطاب ﷺ فاستغاث به ، فشتمها وقال : ويحك ما حملك على صنعك فقالت : بغضى إياه ، فأمضى طلاقه [٨] .

---

(١) وأما الحمل على الجنون فاستبعده المُطرزى قال في المُغرب : ومن أولَه بالجنون وأن المجنون هو المغلق عليه فقد أبعد على أنى لم أجده في الأصول . انظر : المغرب ٣٤٣ - باب الغين تلخيص الحبير (٣/ ٢١٠) .

(٢) روى ذلك عنه ابن أبي شيبة في مصنفه (٥/ ٩٥) والبيهقى في السنن الكبرى - باب ما جاء في طلاق المكره (٧/ ٣٥٧) وسعيد بن منصور في سننه - باب ما جاء في طلاق المكره (٣/ ٢٧٤) وابن حزم في المحلى (٩/ ٢٦٢) .

(٣) روى ذلك عنه ابن أبي شيبة في المصنف ، كتاب الطلاق ، من لم يره شيئًا ، عن على أنه كان لا يرى طلاق المكره شيئًا ، وعبد الرزاق في المصنف ، باب طلاق الكره (٦/ ٤٠٩) والبيهقى في السنن الكبرى باب ما جاء في طلاق المكره (٧/ ٣٥٧) وابن حزم في المحلى (١١/ ٧١) .

(٤) روى ذلك عنه عبد الرزاق في المصنف - باب طلاق المكره والبيهقى في السنن الكبرى - باب ما جاء في طلاق المكره (٧/ ٣٥٧/ ٣٥٨) .

(٥) روى ذلك عنه ابن أبي شيبة في المصنف عن أبي معاوية كتاب الطلاق ، من لم ير طلاق المكره شيئًا (٥/ ٤٨) . والبيهقى في السنن الكبرى (٧/ ٣٥٨) - باب ما جاء في طلاق المكره وعبد الرزاق في المصنف - باب طلاق الكره (٦/ ٤٠٧-٤٠٩) وابن حزم في المحلى (١١/ ٥٢٤) .

(٦) انظر : معرفة السنن (١١/ ٧٢) المغنى (٨/ ٢٥٩) .

(٧) عمرو بن شرحبيل أبو ميسرة الهمدانى : روى عن عمر وعلى وابن مسعود وحذيفة وغيرهم ، وروى عنه أبو وائل وأبو إسحاق السبيعى ومسروق وغيرهم . قال ابن معين : ثقة مات سنة (٦٣ هـ) في الطاعون . انظر : في الثقات (٥/ ١٦٨) الجرح والتعديل (٦/ ٢٣٧) الكاشف (٢/ ٢٨٦) تهذيب التهذيب (٨/ ٤٧) .

(٨) أخرج ذلك سعيد بن منصور في سننه باب ما جاء في طلاق المكره (٣/ ٢٧٥) والبيهقى في السنن الكبرى باب ما جاء في طلاق المكره إلا أنه قال : فرفع إلى عمر ﷺ فأبانها منه (٧/ ٣٥٧) . معرفة السنن =

٢٣٧٩٢ - وروى عن - علي كرم الله وجهه - أنه قال : كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه والصبي [١] . وقد أوقع طلاق المكره ابن المُسيب [٢] وعمر بن عبد العزيز [٣] .

٢٣٧٩٣ - والشعبي [٤] والنخعي [٥] وأبو قلابة [٦] والزهري [٧] .

٢٣٧٩٤ - قالوا : لفظ محمول عليه بغير حق فلم يقع به الطلاق كالإقرار بالطلاق [٨] .

= والآثار (٧٢/١١) السنن الكبرى (٣٥٧/٧) .

(١) في المحلى « وقد روينا عنه قبلُ إبطالَ طلاق المكره [يريد أنه روى عن على ﷺ أن طلاق المكره غير واقع] عن الحسن أن على بن أبي طالب قال : ليس لمستكرهٍ طلاق . المحلى (٥٢٥/١١/٢٦٢/٩) .

(٢) سعيد بن المسيب بن حزن بن مخزوم عالم أهل المدينة روى عن عثمان وعلى وزيد بن ثابت وابن عباس وغيرهم وروي عنه بشير وعطاء وقتادة وغيرهم . قال مكحول : كان سعيد بن المسيب عالم العلماء . مات سنة ٩٤١ هـ . انظر : في التاريخ الكبير (٥١٠/٢) تذكرة الحفاظ (٥٦/٥٤/١) طبقات السيوطى ص١٧ ١٨ خلاصة تهذيب الكمال (٣٩٠/١) . روى ذلك عنه ابن أبي شيبة في المصنف كتاب الطلاق عن سعيد المسيب أنه كان يجيز طلاق المكره . المصنف (٥٠/٥) .

(٣) الإمام عمر بن عبد العزيز بن مروان الأَموي ولد سنة (٦١ هـ) روى عن أنس وعروة والسائب بن يزيد وأبي سلمة وغيرهم . وروى عنه الزهري وأيوب السختياني ونعيم بن عبد الله وغيلان بن أنس وغيرهم . قال ابن سعد : كان ثقة مأمونًا له فقه وعلم وورع وروى حديثا كثيرا وكان إمام عدل . مات سنة (١٠١هـ) انظر : الثقات (١٥١/٥) تذكرة الحفاظ (١١٨/١-١٢١) سير أعلام النبلاء (١١٤/٥) الجرح والتعديل (١٢٢/٦) تهذيب التهذيب (٤٧٥/٧) . وروى ذلك عنه الطحاوي في شرح معاني الآثار ، باب طلاق المكره (٢٧٧/٣) . المصنف لعبد الرزاق (٤٩/٥) والمصنف للشيباني باب طلاق المكره أنه لم يره شيئًا (٤٧/٦) .

(٤) روى ذلك عنه ابن أبي شيبة في المصنف : كتاب الطلاق من لم ير طلاق المكره شيئًا (٤١٠/٦) وسعيد بن منصور في سننه باب ما جاء في طلاق المكره (٢٧٧/٣) .

(٥) روى ذلك عبد الرازق في المصنف باب طلاق الكره (٤١٠/٦) وابن أبي شيبة في المصنف (٥٠/٥) وسعيد ابن منصور في سننه (٢٧٧/٢٧٦/٤) .

(٦) عبد الله بن زيد بن عمرو أبو قلابة البصري روى عن ثابت بن الضحاك وسمرة وأنس وابن عباس وغيرهم ، وروى عنه أيوب وخالد الحذاء وأشعث وغيرهم . قال العجلى : بصري ثقة مات سنة (١٠٧) هـ انظر : تهذيب الكمال (٥٤٢/١٤) الكاشف (٧٩/٢) الجرح والتعديل (٥٧/٥) ميزان الاعتدال (٤٢٥/٢) تهذيب التهذيب (٢٢٤/٥) . وروى في ذلك عنه ابن أبي شيبة في مصنفه ، باب من كان يرى أن طلاق المكره جائز عن أبي قلابة أنه قال : طلاق المكره جائز .

(٧) روى ذلك عنه ابن أبي شيبة في المصنف باب من لم ير طلاق المكره شيئًا ، عن الزهري قال : لا طلاق ولا عتاق على المكره (٤٩/٥) . انظر : المبسوط (٤١/٤٠/٢٤) .

(٨) انظر : المهذب (٧٨/٢) .

٢٣٧٩٥ – قلنا : حكم الإقرار يخالف الإيقاع ، بدلالة أن من أكره حتى أقر بالرضاع لم [١] يثبت التحريم ولو أكرهت المرأة على الرضاع تعلق به التحريم [٢] فلم يعتبر أحدهما بالآخر . والمعنى في الإقرار أنه إخبار عن أمر ماض والخبر يحتمل الصدق والكذب ، فإذا أقر طائعا فالظاهر الصدق ، لأن العاقل لا يكذب إلا في المنفعة أو لدفع مضرة ، ولم يوجد منها . والظاهر أنه صادق ، فإذا كان هناك إكراه فالظاهر أنه أقر ليدفع عن نفسه الضرب ، فزال ذلك الظاهر حمل قوله على الصدق ، فلم يقع الطلاق .

٢٣٧٩٦ – فإن قيل : لم سويتم بين الإكراه على النكاح وعلى الإقرار بالنكاح .

٢٣٧٩٧ – قلنا : بل فرقنا بينهما كالطلاق . وإن أكره على النكاح انعقد ، وإن أكره على الإقرار بالنكاح لم يثبت [٣] .

٢٣٧٩٨ – قالوا : إذا أكره على الإجارة أو على الإقرار بالإجارة صح عندكم فاستويا [٤] .

٢٣٧٩٩ – قلنا : ما استويا ، فإنه إذا أكره انعقدت الإجارة ، وثبت خيار الفسخ . فإن أجازها جازت ، وإن فسخها انفسخت فإذا أقر بها لم يحكم بها [٥] .

٢٣٨٠٠ – فإن قيل : عند أبي حنيفة ﷺ إذا قال لمن لا يولد لمثله : هذا ابني عتق ، وإن كان كاذبًا فيبطل أن يقال : إن الإقرار يحمل على الصدق والكذب والصدق الظاهر .

٢٣٨٠١ – قلنا : الإقرار بالنسب إيقاع قربة عندنا ، فكأنه قال : هذا ابني وهو حر معتق لمعنى الإيقاع لا لمعنى الإخبار [٦] .

٢٣٨٠٢ – قالوا : معنى يُسْقِط الإقرار بالطلاق فَيُسقط الحكم بإيقاع الطلاق كالصغر والجنون .

٢٣٨٠٣ – قلنا : يبطل بالهزل لو قارب الإيقاع لم يؤثر فيه ولو قارب الإقرار منع الوقوع بينه وبين الله تعالى ، ولأن الصبي والمجنون لو قصد إيقاع الطلاق لم يقع ، لأنهما ليسا من أهله [٧] ، والمكره من أهل الطلاق بدلالة أنه لو قصد الطلاق وقع . ولو

---

(١) في (ن) ، (ع) : [ولم] .
(٢) انظر : البحر الرائق (٢٣٩/٣) .
(٣) انظر : المبسوط (٨٣/٦٥/٦٤/٢٤) بدائع الصنائع (١٨٥/١٨٤/٧) .
(٤) انظر : الحاوي الكبير ورقة ٦٢ .
(٥) انظر : الهداية (٢٧٥/٣) بدائع الصنائع (١٨٧/١٨٦/٧) .
(٦) انظر : تحفة الفقهاء (٥٢/٢) الهداية (٥٢/٢) العناية (٤٣٩/٤) .
(٧) انظر : مختصر الطحاوي ١٩١ فتح القدير (٣ /٤٨٧) .

طلق امرأة أخرى فكذلك لم يمنع الإكراه من وقوع طلاقه ، كما لا يمنع هزله وقوع الطلاق [١] .

٢٣٨٠٤ – قالوا : كل لفظ يقع التحريم والفرقة به إذا كان مختارًا لم يقع إذا كان مكرها ، ككلمة الكفر [٢] [٣] .

٢٣٨٠٥ – قلنا : كلمة الكفر لا تقع الفرقة بها ، وإنما تقع باعتماد الكفر ، بدلالة أنه لو نوى الكفر ولم يتكلم به وقعت الفرقة . ولو نوى أنه يكفر إلى عشر سنين كفر في الحال . ولو نوى الطلاق لم يقع .

٢٣٨٠٦ – فعلمت : أن الكفر يعتبر فيه الاعتقاد ، والإكراه يمنع الحكم بالاعتقاد في الظاهر ، فلم تقع الفرقة . والطلاق يعتبر فيه إرسال اللفظ في زوجته مع التكليف ، وهذا المعنى موجود في طلاق المكره .

٢٣٨٠٧ – فإن قيل : حكم الكفر أيضًا قد يتعلق بمجرد اللفظ بدلالة أن الهازل بالكفر كافر لوجود اللفظ دون الاعتقاد .

٢٣٨٠٨ – قلنا : هناك لا يكفر باللفظ لكن باستخفافه بالإسلام .

٢٣٨٠٩ – قالوا : قول يزول به الملك ، فوجب أن يمنع الإكراه نفوذه كالبيع .

٢٣٨١٠ – قلنا : لا فرق بين الطلاق والبيع عندنا في أن الإكراه لا يمنع انعقادَ كل واحد منهما وقوعُه ، إلا أن البيع يثبت فيه الفسخ لعدم الرضا ، والإكراه ينفى الرضا ، كما ينفيه الخيار ، فيفسخ بعد وقوعه . ولو لم يحل الفسخ فأجازه جاز ، والطلاق يقع ولا يلحقه الفسخ بعد وقوعه وإن عدم الرضا [٤] كما لا ينفسخ بشرط الخيار .

٢٣٨١١ – قالوا : علم ظاهر يدل على فقد الإرادة مع كونه معذورًا فيه ، كالصبي والمجنون [٥] .

---

(١) انظر : المبسوط (٢٤/٤٠/٤١) .

(٢) قاعدة : « كل لفظ يقع التحريم والفرقة به إذا كان مختارًا لم يقع إذا كان مكرها ، ككلمة الكفر » .

(٣) انظر : الحاوي الكبير ورقة ٦٢ .

(٤) وهذا مقيد بما إذا كان الإكراه بالقتل وبالضرب الشديد أو الحبس المديد . أما إن كان الإكراه بضرب سوط أو حبس يوم أو قيد يوم فلا يبالي به ، إلا إذا كان الرجل الذي أكره صاحب منصب يعلم انه يستضربه لفوات الرضا . انظر : فتح القدير مع العناية (٩/٢٣٣-٢٣٦) البناية في شرح الهداية (٨/١٧٣-١٧٥) .

(٥) انظر : الحاوي الكبير ورقة ٦٢ .

٢٣٨١٢ - قلنا : قولكم علم يدل على عدم الإرادة لا معنى له ، لأن الصبي والمجنون لو أرادا الطلاق لم يتعلق بإرادتهما حكم / وقولكم : مع كونه معذورا تحترزون به عن السكران والعلة تنقضي به لأن السكران غير معذور في الشرب وهو معذور في السكر ، لأنه من فعل الله تعالى .

٢٦٨/أ

٢٣٨١٣ - والمعنى في الصبي والمجنون أن أقوالهما لا يتعلق بها حكم لفقد الخطاب ولهذا لو قصدا الطلاق لم يقع والمكره يتعلق بأقواله حكم بدلالة أنه لو طلق لا يقصد دفع ما هُدد به وقع طلاقه « لعدم [1] الرضا » بزوال الملك لا يمنع الطلاق .

* * *

(١) هكذا في جميع النسخ وصحة العبارة [وعدم الرضا] كما يدل عليه السياق .

مسألة ١١٥١

طلاق السكران

٢٣٨١٤ – قال أصحابنا : يقع طلاق السكران [(١)] .

٢٣٨١٥ – وقال أبو الحسن ، والطحاوي لا يقع طلاقه [(٢)] .

٢٣٨١٦ – وهو أحد قولي الشافعي [(٣)] .

٢٣٨١٧ – لنا : أن السكران مكلف بدلالة قوله تعالى : ﴿ لَا تَقْرَبُوا۟ ٱلصَّلَوٰةَ وَأَنتُمْ سُكَٰرَىٰ ﴾ [(٤)] والنهى لا يتناول إلا المكلف [(٥)] .

٢٣٨١٨ – وروى أن عمر بن الخطاب ﷺ استشار الصحابة في حد الشرب فقال علي ﷺ : إذا شرب سكر ، فإذا سكر هذى [(٦)] فإذا هذى : [(٧)] افترى ،

(١) السكران ضد الصاحي والجمع سَكْرى وسَكارى والاسم السُّكْر / مختار الصحاح – باب السين ٣٢٨ . وفي الشرع : غفلة تعرض بغلبة السرور على العقل بمباشرة ما يوجبها من الأكل والشرب . التعريفات للجرجاني ص ١٥٩ . هذا إذا كان سكره بسبب محظور بأن شرب الخمر أو النبيذ طوعًا حتى سكر وزال عقله ، بخلاف شرب الدواء .

(٢) انظر : مختصر الطحاوي (٢٨١/٢٨٠) بدائع الصنائع (٩٩/٣) .

(٣) إذا زال العقل بسبب لا يعذر فيه ، كمن شرب الخمر لغير عذر ، فيسكر فالمنصوص في المذهب في السكران أنه : يصح طلاقه . وروى المزني أنه قال في القديم : لا يصح طلاقه ، فمن الأصحاب من قال فيه قولان ، أحدهما : لا يصح ، وهو اختيار المزني وأبي ثور . والثاني : يصح ، وهو الصحيح ، ﷺ وقال أكثر الأصحاب : يقع قولا واحدا . انظر : الأم (٢٧٠/٥) المهذب (٧٧/٢) الوجيز (٥٧/٢) نهاية المحتاج (٤٢٤/٦) حاشية البيجرمي (٢/٤) . . وهو رواية عن الإمام أحمد ، وبه قال ابن حزم . انظر : الشرح الكبير (٢٣٩/٨) المبدع (٢٥٢/٧) المحلى (٥٣٥/١١) .

(٤) سورة النساء : الآية ٤٣ .

(٥) انظر : فتح القدير (٤٩١/٣) المجموع (٦٣/١٧) . ويتجه على هذا الاستدلال ما يلي :
أولًا : أن النهي في الآية المذكورة إنما هو عن أصل السكر الذي يلزم منه قربان الصلاة كذلك .
ثانيًا : وأنه نهى للثمل الذي يعقل الخطاب .
ثالثًا : وأن قوله في آخر الآية ﴿ حَتَّىٰ تَعْلَمُوا۟ مَا تَقُولُونَ ﴾ . النساء : ٤٣ . دليل على أن السكران يقول مالا يعلم ومن كان كذلك فكيف يكون مكلفا وهو غير فاهم – والفهم شرط التكليف – كما هو مقرر في الأصول .
رابعًا : لو كان مكلفا لوجب أن يقع طلاقه إذا كان مكرها على شربها أو غير عالم بأنها خمر وهم لا يقولون به . زاد المعاد (٤١/٤) نيل الأوطار (٢٣٧/٦) .

(٦) هَذَى في منطقه يَهْذِي هَذْيًا وهَذَيَانا ، بمعنى اضطرب كلامه واختلط مختار الصحاح .

(٧) في (ن) : [هدى] .

وحد المفترى ثمانون [١] .

٢٣٨١٩ - فدل على [٢] أن السكران مكلف يجب عليه الحد ، ولأن مخالفنا لا يخلو إما أن يقول [٣] لا يجب الحد بقذفه [٤] ، ولا القصاص [٥] في قتله ، أو يقول [٦] يجب ذلك ، فإن أوجب فهو مكلف ، وإن لم يوجب ذلك كان فاسدًا ، لأن كل إنسان يسكر ثم يقتل ، فلا يلزمه شيء ، فيؤدى إلى إبطال حرمة الدماء والأعراض [٧] وهذا لا يصح ، لأن الله تعالى أوجب القصاص [٨] صيانة للناس ، فإذا ثبت تكليفه .

٢٣٨٢٠ - قلنا : طلاق من مكلف في ملكه ، فصار كغير السكران [٩] .

٢٣٨٢١ - ويدل عليه قوله ﷺ : « كل الطلاق جائز إلاَّ طلاق المعتوه والصبي » [١٠] .

---

(١) أخرجه الإمام مالك في الموطأ ، كتاب الأشربة ، باب الحد في الخمر (٨٤٢/٢) والشافعي في مسنده ، باب حد الشرب ١٩٠ . والدارقطنى في سننه ، كتاب الحدود والديات (١٥٧/٣) والبيهقى في معرفة السنن والآثار ، باب عدد حد الخمر (٣٤/١٣) . والحاكم في المستدرك ، كتاب الحدود (٣٧٥/٤) .

(٢) ساقطة من (ن) . (٣) في (ن) : [نقول] .

(٤) القذف في اللغة الرمي : يقال قذف بالشيء ، يقذف قذفًا رمي . اللسان ، باب القاف . وفي الاصطلاح : نسبة آدمي مكلف غيره حرًا عفيفًا مسلمًا بالغًا أو صغيرة تطيق الوطء لزنى أو قطع نسب مسلم . القاموس الفقهي ص ٢٨٤ ، سعدي أبو حبيب ط دار الفكر ط أولى ١٤٠٢ هـ - ١٩٨٢ م .

(٥) القصاص لغة : مأخوذ من قَصَّ الثوب وغيره قَصًا قطعه أو من قص الشيء تتبع أثره . اللسان ، باب القاف (٣٦٥٠/٥) . وفي الشرع : أن يوقع على الجاني مثل ما جنى النفس بالنفس والجرح بالجرح أو أن يفعل ؛ الفاعل مثل ما فعل . أنيس الفقهاء ٢٣٥ . (٦) في (ع) : [تقول] .

(٧) في (ن) : [والأعراض] . (٨) في (ن) : [والقصاص] .

(٩) ويتجه على هذا الاستدلال ما يلي :

أولًا : أن ذلك محل خلاف بين الصحابة فلا يكون قول بعضهم حجة علينا كما لا يكون حجة على بعضهم بعضا .

ثانيًا : أن قوله « يحد حد المفترى » أراد أنه يحد كما يحد المفترى وإذا كان ذلك حد الافتراء لاحتاج الشرب إلى حد آخر ثم يعارضه قوله ﷺ في حديث ماعز « استنكهوه . أبك جنون ؟ » (موطأ مالك (٢٣٨/٢) فجعل السكر كالجنون في رد الإقرار بالزنا وقضاء الصلاة يجب عليه إذا صحا ، كما يجب على النائم والمغمى عليه عندهم ثم لا يصح طلاقه .

ثالثًا : أن الخبر فيه مناقضة مما يدل على بطلانه ، فإن فيه إيجاب الحد على من هذى ، والهاذى لا حد عليه . انظر : المحلى (٥٣٥/١١) النكت ورقة (٢٢٢/٢٢١) زاد المعاد (٤١/٤) نيل الأوطار (٢٣٧/٦) .

(١٠) ويتجه على هذا الاستدلال ما يلي :

أولًا : أن الحديث في غاية السقوط ، لآن فيه عطاء بن عجلان ، وهو ضعيف ذاهب الحديث .

ثانيًا : أن الحديث على فرض صحته فهو في المكلف . انظر : المحلي (٥٣٦/١١) زاد المعاد (٤١/٤) .

٢٣٨٢٢ - ولأن السكر معنى يتعلق به الحد ، فلا يمنع وقوع الطلاق كالزنا [(١)] .

٢٣٨٢٣ - ولأنا لا [(٢)] نعلم السكر إلا بقوله ، والسكر فسق ، والفاسق لا يقبل خبره ، ولأن السكر معصية ، والمعاصي [(٣)] يستحق بها التغليظ .

٢٣٨٢٤ - فلو قلنا : إن طلاقه لم يقع لجعلنا المعصية سببا للتخفيف ، وهذا لا يجوز [(٤)] .

٢٣٨٢٥ - فإن قيل : لو كُسِرَ رجل جاز أن يصلي قاعدا ، وإن كان سبب ذلك [(٥)] معصية [(٦)] .

٢٣٨٢٦ - قلنا : كسر الرجل لا يلتذ [(٧)] به والسكر يلتذ به ويعتقده من كمال المسرة فلذلك عوقب ببقية [(٨)] التكاليف وكسر الرجل لا يلتذ به حتى يتيقن التكليف معه [(٩)] .

٢٣٨٢٧ - احتج أبو الحسن : أن زوال العقل بشرب الشراب كزواله بشرب البنج فإذا لم يقع الطلاق في أحد الموضعين كذلك الآخر [(١٠)] .

٢٣٨٢٨ - والجواب : أن شرب البنج في العادة لا يقع على وجه المعصية ، وإنما يقع

---

(١) في (ن) : [كالزنا] . اتجه على هذا الاستدلال ما يلي : -
أولًا : أن إلزامه بجناياته محل نزاع ، لا محل وفاق .
ثانيًا : أن الغاء أقواله لا يتضمن مفسدة لأن القول المجرد من غير العاقل لا مفسدة فيه ، بخلاف الأفعال ، فإن مفاسدها لا يمكن إلغاؤها إذا وقعت ، فإلغاء أفعاله ضرر محض وفساد منتشر بخلاف أقواله . زاد المعاد (٤١/٤) .

(٢) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) . (٣) في (ن) : [والمعصى] .

(٤) رد الشيرازي هذا بأن الشرب هو المعصية دون السكر ، فهو كن ترك الصلاة آخر الوقت حتى غلبه النوم . ثم يبطل بمن شرب البنج لغير التداوي . النكت ٢٢٢ .

(٥) في (ع) : [مكررة] .

(٦) هذا اعتراض للمخالف على قول المصنف أن السكر معصية والمعاصي يستحق بها التغليظ . بأن الأحكام لا تختلف في فاقد العقل بسبب من جهته أو من جهة غيره ، ولا فرق بين من عجز عن القيام في الصلاة بسبب من قبل الله أو من قبل نفسه كمن كسر رجل نفسه . المحلى (٥٣٥/١١) .

(٧) في (ن) : [يلتد] . (٨) في (ع) : [ببعية] .

(٩) احتج القائلون بالوقوع أيضًا بأن ترتيب الطلاق على التطليق من باب ربط الأحكام بأسبابها ، فلا يؤثر فيه السكر . زاد المعاد (٤١/٤) . وقد رد هذا بأنه في غاية الفساد والسقوط ، فإن هذا يوجب إيقاع الطلاق ممن سكر مكرهًا أو جاهلًا بأنها خمر ، وبالمجنون والمبرسم والنائم ثم يقال : وهل ثبت لكم أن طلاق السكران سبب حتى يربط الحكم به ، وهل النزاع إلا في ذلك . زاد المعاد (٤١/٤) نيل الأوطار (٢٣٧/٦) . وقالوا أيضًا : بأن إيقاع الطلاق عقوبة له ، وقد رد هذا بأن هذا في غاية الضعف فإن الحد يكفيه عقوبة ولا عهد لنا في الشريعة بالعقوبة بالطلاق والتفريق بين الزوجين . انظر : زاد المعاد (٤١/٤) نيل الأوطار (٢٣٧/٦) .

(١٠) انظر : فتح القدير (٤٨٩/٣-٤٩٠) تبيين الحقائق (١٩٦/٢) البناية (٣٩٣/٤) .

على وجه التداوي ، ثم يفضي [١] « إلى زوال العقل ، فلم يعاقب ببقية [٢] التكليف .

٢٣٨٢٩ - وإذا زال [٣] التكليف ، لم يقع الطلاق ، وليس كذلك شرب النبيذ - لأنه يقع في الغالب على وجه المعصية ، فعوقب ببقاء التكليف في حقه ، فوقع طلاقه [٤] .

٢٣٨٣٠ - فإن قيل : إذا شرب البنج على وجه المعصية ، ينبغي أن يقع طلاقه [٥] .

٢٣٨٣١ - قلنا : الغالب من أمر الناس ، أنهم يشربون البنج لغير معصية ، والحكم يتعلق بالغالب ، ولأن العادة أن الإنسان يشرب البنج ويتظاهر زوال العقل ، وهو يعقل ، فلذلك[٦] لم يحكم بطلاقه ، وفي العادة أن الإنسان يشرب الشراب ، ويظهر السكر ، وعقله ثابت ، فعوقب بإيقاع الطلاق للتهمة [٧] .

٢٣٨٣٢ - قالوا : زائل العقل ، فلم يقع طلاقه كالمجنون [٨] .

٢٣٨٣٣ - قلنا : المعنى فيه زوال التكليف ، وسقوط الحد عنه والقصاص والسكران بخلاف ذلك .

٢٣٨٣٤ - فإن قيل : لو ارتد لم يحكم بردته [٩] .

٢٣٨٣٥ - قلنا : إذا أسلم حكمنا بإسلامه ، فإذا ارتد لم يحكم بردته استحسانًا [١٠] ، لأن الردة تتعلق بالاعتقاد والسكران في الطلاق يعتقد والطلاق يتعلق بالقول دون الاعتقاد [١١] .

---

(١) في (ن) : [يفصى] .

(٢) في (ن) : [بنقية] .

(٣) في (ن) : [أزال] .

(٤) انظر : بدائع الصنائع (٩٩/٣) فتح القدير (٤٩١/٣) .

(٥) هذا اعتراض للمخالف أو رده الشيرازي في النكت على استدلال المصنف بأن الشرب معصية فلا يجعل سببا للتخفيف بأن ذلك يبطل بمن شرب البنج لغير التداوي . انظر : النكت ورقة ٢٢٢ .

(٦) في (ع) : [فكذلك] .

(٧) انظر : فتح القدير (٤٩١/٣) .

(٨) انظر : بدائع الصنائع (٩٩/٣) النكت ورقة ٢٢١ .

(٩) أي أن السكران لو ارتد لم يحكم بردته عند المخالف . انظر : المهذب (٧٧/٢) .

(١٠) في اللغة : اعتقاد الشيء حسنا . انظر : المصباح المنير - باب الحاء (١٨٦/١) أساس البلاغة للزمخشري ص ٨٤ ط بيروت ط - رابعة ١٤٠١ هـ ٩٨٤ م وفي الاصطلاح : العدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليل شرعي خاص بتلك المسألة . شرح الكوكب (٤٣١/٤) . وقد عدل هنا بالردة عن المؤاخذة بها في حال السكر استحسانًا ، لدلائل شرعية روعيت في ذلك .

(١١) انظر : بدائع الصنائع (٩٩/٣) البناية (٣٩٤/٣٩٣/٤) .

٢٣٨٣٦ - فإن قيل : لو أقر بالحد لم يلزمه [١] .

٢٣٨٣٧ - قلنا : لأن الإقرار بالحد من شرطه أن يثبت على المقر عليه ، ولهذا سقط برجوعه ، والسكران في العادة لا يثبت على ما يقوله [٢] .

* * *

(١) أي أن السكران عند المخالف لو أقر بالحد لم يلزمه . انظر : المهذب (٧٧/٢) .
(٢) انظر : العناية (٤٩٠/٤) البحر الرائق (٨/٥) .

الطلاق بالحساب

٢٣٨٣٨ - قال أصحابنا : إذا قال لامرأته ، أنت طالق واحدة في اثنتين وقعت واحدة ، وإن أراد الضرب والحساب [١] .

٢٣٨٣٩ - وقال الشافعي : إن قال : أردت به واحدة مقرونة باثنتين ، فهي ثلاث ، وإن قال : أردت الحساب ، وهو من أهل الحساب ، فهي اثنان وإن لم يكن له بينة ، والمنصوص أنها طلقة واحدة .

٢٣٨٤٠ - وقال الماروزي : طلقتان وإن لم يكن من أهل الحساب ، وإن قال أردت موجبها عند الحساب ففيها وجهان [٢] .

٢٣٨٤١ - لنا : أن الضرب يصح فيما له : مساحة [٣] ، فأما ما ليس له مساحة [٤] فحقيقة الضرب لا توجد [٥] فيه ، وإنما معناه ثنتين ضوعفت مرة ، فصارت أربعا ، فإذا قال : أنت طالق كذا في كذا ، فلفظ الإيقاع وجد المضروب [ولم يوجد المضروب به][٦] فيه فلم يقع [٧] ، ولأن ما دخل عليه حرف في الطلاق أما أن يجعل شرطًا أو ظرفا ، كقوله : أنت طالق في دخولك الدار أنه يكون شرطًا ، والثاني يقول : أنت طالق في الدار . فيكون ذكر الدار ظرفًا وقد بطل في مسألتنا أن يكون شرطًا ، فلم يبق إلا أن

---

(١) انظر : الجامع الصغير (١٩٥/١٩٦) الهداية (٢٣٣/١) تبيين الحقائق (٢٠٢/٢) رد المحتار (٤٣٨/٢) .

(٢) نرى أن ما نقله المصنف عن الشافعي غير صحيح ففي « المهذب » ما نصه : وإن لم تكن له نية نظرت فإن لم يعرف الحساب ولا نوى مقتضاه في الحساب طلقت واحدة بقوله أنت طالق ولا يقع بقوله في اثنتين شيء . وإن نوى مقتضاه في الحساب ففيه وجهان أحدهما : - وهو قول أبي بكر الصيرفي - أنه تقع طلقتان ، والثاني ، وهو المذهب ، أنه لا يقع إلا طلقه واحدة . وإن كان عالما بالحساب ، فإن نوى موجبه في الحساب طلقت طلقتين ، وإن قال أردت به واحدة في اثنتين طلقت واحدة . المهذب (٨٤/٢) وفي المنهاج : لو قال طلقة في طلقتين وقصد معية ، فثلاث أو ظروفا ، فواحدة أو حسابا وعرفه فثنتان . - مغني المحتاج (٢٩٨/٣) روضة الطالبين (٨/ ٨٤) المجموع (١٢٩/١٧) .

(٣) في (ع) : [مسامحة] .

(٤) في (ع) : [مسامحة] .

(٥) في (ن) : [لا يوجد] .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) ومستدرك في الهامش .

(٧) انظر : بدائع الصنائع (١٦١/٣) النافع الكبير - شرح الجامع الصغير ص ١٩٥ .

يكون » ظرفًا [١] .

٢٣٨٤٢ - احتجوا : بأن قوله : ثنتين في ثنتين عبارة عن أربعة في عادة الحساب ، فمعنى ذلك [٢] لغة كأنه قال : أربعة في أخرى [٣] .

٢٣٨٤٣ - قلنا : إن قلتم إن هذا الذي ادعيتموه لغة لم يصح ، لأن العرب لا تعرف ذلك ، وإن قلتم : إنه في عادة الحساب فمعنى ذلك في عادتهم ثنتين ضوعفت مرة واحدة لضعفين لم ينضم إليه إيقاع ، فلا يقع به شيء .

٢٣٨٤٤ - قالوا : قوله : أنت طالق إيقاع ، وقوله اثنتين في ثنتين ، تفسير ، فيصير كقوله : أنت طالق هكذا ، وأشار بأصابعه .

٢٣٨٤٥ - قلنا : إذا أشار فكأنه قال : أنت طالق هذا العدد . فإذا قال : ثنتين في ثنتين فإنما جاء بحرف الظرف [٤] ، وذلك ليس بتفسير ، ولا معه لفظة إيقاع فلم يقع به شيء [٥] .

* * *

---

(١) في (ن) : [طرف] وهو تصحيف . انظر : الهداية (٢٣٣/١) فتح القدير (٢٢/٤) البحر الرائق (٢٨٥/٣) تبيين الحقائق (٢٠٢/٢) .

(٢) في (ع) : [فكأنه] وهو تحريف .

(٣) انظر : النكت ورقة ٢١٩ .

(٤) في (ن) : [الطرف] وهو تصحيف .

(٥) وقد احتج الشافعي أيضًا بأنه جنس يجوز أن ينقص بالاستثناء ، فجاز أن يتضاعف بالضرب كالدراهم في الإقرار . انظر : النكت ورقة ٢١٩ .

مسألة ١١٥٣

[إضافة الطلاق إلى الجزء المعين الذي لا يعبر به عن جميع البدن]

٢٣٨٤٦ - قال أصحابنا : إذا قال يدك طالق ، أو شعرك طالق ، لم يقع الطلاق [1] .

٢٣٨٤٧ - وقال الشافعي : إذا أوقع الطلاق على جزء يتصل بها اتصال خلقة ، وقع الطلاق .

٢٣٨٤٨ - واختلف أصحابه ، فمنهم من قال : يقع الطلاق على العضو ، ثم يسري .

٢٣٨٤٩ - ومنهم من قال : يقع ابتداء على جميعها [2] .

٢٣٨٥٠ - لنا : قوله تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾ [3] فأمر بطلاق النساء ولم يأمر بطلاق اليد ، فلم تطلق المرأة فلا يقع طلاقه [4] ولأن الطلاق طريقة للأقوال ، أو فيما أقيم مقامها ، فإذا أضافه إلى جزء معين ، لم يجز أن [يتعلق به ، ثم يسري إلى البدن ، كالبيع . أو نقول : فإذا أضافه إلى جزء معين لم يجز أن] [5] يقع على الجملة كالمبيع [6] ، وإنما تغير الحكم لاختلاف مذهبهم حتى يتناول الحكم الطريقين .

ولا يلزم إذا كان له قصاص في يد فعفي عنه .

٢٣٨٥١ - لأنه يسري إلى الجملة ولا يتعلق بالجملة [7] . ولا يلزم إذا قال : رأسك طالق ، أو رقبتك طالق أو فرجك طالق ، لأن الطلاق يصح بذلك كما يعقد البيع بالإضافة [8] .

٢٣٨٥٢ - فإن قيل : البيع لا يجب تكميله ، ولا يسري بما يقع عليه إلى غيره ،

---

(١) انظر : مختصر الطحاوي ١٩٩ المبسوط (٨٩/٦) بدائع الصنائع (١٤٣/٣) الهداية (٣٢/١) فتح القدير (١٤/٤) البحر الرائق (٢٨١/٣) .

(٢) انظر : النكت ورقة ٢٢٢ الوجيز (٨٥/٧٥/٢) المهذب (٨٠/٢) روضة الطالبين (٦٤/٦٣/٨) مغني المحتاج (٢٩١/٣) .

(٣) سورة الطلاق : الآية ١ .

(٤) انظر : بدائع الصنائع (١٤٣/٣) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ومستدرك في الهامش .

(٦) انظر : بدائع الصنائع (١٥٧/١٥٦/٥) .

(٧) انظر : بدائع الصنائع (٢٩١/٧) .

(٨) انظر : المبسوط (٨٩/٦) بدائع الصنائع (١٤٣/٣) .

وليس كذلك الطلاق ، لأنه يجب تكميله . ألا ترى أن أحد الشريكين في العبد إذا أعتق نصيب شريكه ، لم يعتق ، وإن كان العتق يسري ، لأن الوقوع لم يصح ، فلم يسر ، كذلك في مسألتنا [١] .

٢٣٨٥٣ - قلنا : اختلفا في الوقوع ، فإذا لم نسلم لهم صحة الوقوع ، لم تصح [٢] السراية ، ولأنه تصرف تختص صحته بالملك ، فوجب أن لا يصح إضافته إلى طرف بعينه كالبيع . أو نقول إذا أضيف على [٣] الطرف لم يقع على الجملة كالبيع [٤] .

٢٣٨٥٤ - ولأن الطلاق لو أضافه إلى جزء معين ، لم ينعقد على الجملة ، فإذا أضاف رفع العقد إلى جزء معين ، لم يصح كالإقالة [٥] ، ولأن مالا يصلح إضافة الوصية إليه لا يصح إضافة الطلاق إليه ، كما لو قال : ريقك طالق ودمك طالق [٦] ، وحملك طالق [٧] ، ولا يلزم الرأس لأنه يصح إضافة الوصية [٨] إليه .

٢٣٨٥٥ - فإن قيل : المعنى فيه أنه ليس متصل بها ، وإنما هو مودع فيها ، ولهذا ينفصل منها بغير قطع .

٢٣٨٥٦ - قلنا : اتصال الدم بها ، كاتصال الصفراء بالكبد ، والظفر [٩] ، واتصال الدم يقف على الجراحة [١٠] كما أن اتصال الظفر يقف على ذلك ، والدم أخص في التركيب من الظفر [١١] لأن النفس تفوت بفقده ، ولا تفوت بفقد الظفر [١٢] ولأن الطلاق معنى يختص بالنكاح .

٢٣٨٥٧ - قالوا : إطلاق قوله تعالى : ﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ ﴾ [١٣] يقتضي عدم التقيد بالنساء [١٤] .

---

(١) هذا اعتراض للمخالف أو رده الشيرازي في النكت على قياس المصنف على البيع بأن البيع يراد للانتفاع واليد لا منفعة فيها على الانفراد ، ولا يمكن تكميله بالسراية ، والطلاق مبناه على السراية ، فأمكن تكميله في الجملة . انظر : النكت ورقة ٢٢٢ .

(٢) في (ن) : [يصح] .

(٣) في (ع) : [إلى] .

(٤) انظر : حاشية أبي السعود (١١٧/٢) .

(٥) انظر : بدائع الصنائع (١٤٣/٣) .

(٦) في الدم روايتان إحداهما : يقع لأنه يقال : دمه هَدْر فأريد به الكل ، والرواية الثانية : لا يقع ، فإنه لو قال : دمك حر لا يقع العتق . وصحح في الخلاصة عدم الوقوع . الاختيار (٧٦/٣) .

(٧) انظر : الاختيار (٧٦/٣) .

(٨) انظر : حاشية أبي السعود (١١٧/٢) .

(٩) في (ن) : [الطفر] .

(١٠) في (ن) : [الحراجة] .

(١١) في (ن) : [الطفر] .

(١٢) في (ن) : [الطرف] .

(١٣) سورة البقرة : ٢٢٩ .

(١٤) انظر : الحاوي الكبير ورقة ٧٣ .

٢٣٨٥٨ – والجواب : أنهم أجمعوا أن المراد به طلاق النساء ، ولهذا [١] لم تطلق المرأة . يبين ذلك أنه قال : ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖ﴾ [٢] أمر بإمساك المطلقة ، أو تسريحها ، ثم [٣] قال : ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَا فِيمَا ٱفۡتَدَتۡ بِهِۦ﴾ [٤] يعني المرأة ، فدل على أن المراد بالآية طلاق النساء ، أو طلاق المرأة ومن طلق عضوا منها لم يطلقها .

٢٣٨٥٩ – قالوا : أشار بالطلاق إلى ما اتصل بها اتصال خلقة [٥] ، فوجب أن يكون في باب الوقوع ، كالإشارة إلى الجملة .

٢٣٨٦٠ – أصله : إذا قال رأسك طالق .

ب ٢٣٨٦١ – قلنا : الأصل غير مسلم ، لأنه متى أشار بالطلاق إلى الرأس / المتصل بها ، والفرج [٦] الذي هو العضو لم يقع الطلاق ، وإنما يقع الطلاق ، إذا ذكر الرأس ، وهو يريد الجملة ، إذا طلق [٧] ، وذلك ليس إشارة إلى المتصل بها [٨] ، فالأصل غير مسلم ، وينتقض [٩] بالحمل ، لأنه جزء من الأم ، يعتق بعتقها ويدخل في بيعها ، وهو متصل لا ينفصل إلا بالقطع ، فكذلك الدم متصل [١٠] بها اتصال خلقة لو أضاف الطلاق إليه لم يقع [١١] .

٢٣٨٦٢ – قالوا : طلق جزءًا استباحه بعقد النكاح ، وهو من أصل الطلاق ، فوجب أن يقع الطلاق عليها ، كالجزء الشائع [١٢] .

٢٣٨٦٣ – قلنا : الجزء الشائع لا يمكن استباحته لجهالته ، ولا تصلح [١٣] الإشارة إليه حتى يستمتع به [١٤] ، ولأن الأصل غير مؤثر ، لأنه أوقع الطلاق على ما استباح قبل النكاح ، وهو الظفر ، وأهداب العين ، فوقع [١٥] عندهم [١٦] .

---

(١) في (ن) : [وهذا] .
(٢) سورة البقرة : الآية ٢٢٩ .
(٣) ساقطة من جميع النسخ .
(٤) سورة البقرة : الآية ٢٢٩ .
(٥) في (ن) : [حلقة] .
(٦) في (ع) : [الفرح] .
(٧) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .
(٨) انظر : المبسوط (٨٩/٦) فتح القدير (١٥/٤) العناية (١٦/١٥/٤) .
(٩) في (ن) : [وينتقص] .
(١٠) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .
(١١) انظر : فتح القدير (١٥/٤) الاختيار (٧٦/٣) .
(١٢) انظر : النكت ورقة ٢٢٢ .
(١٣) في (ن) : [يصلح] .
(١٤) انظر : المبسوط (٩٠/٦) بدائع الصنائع (١٤٣/٣) .
(١٥) في (ع) : [وقع] .
(١٦) انظر : المهذب (٨٠/٢) .

٢٣٨٦٤ – فإن قيل : إنما يستباح قبل النكاح النظر ، فأما الاستمتاع ، والنظر بشهوة ، فإنما أباحه النكاح .

٢٣٨٦٥ – قلنا : الظفر وأهداب العين [1] لا يستمتع بها [2] ، ولا ينظر إلى الظفر بشهوة ، والمعنى في الجزء الشائع ، أنه يصح إضافة الوصية إليه [3] والبيع [4] ، فصح إضافة الطلاق إليه ، والجزء المعين بخلاف ذلك ، ولأن زوال الملك يجوز أن يختص » بجزء [5] شائع ، ويحرم الجمع . فإن جعلوا أصل هذه العلة [6] الوجه والرأس فقد بينا الكلام عليه .

٢٣٨٦٦ – وقد فرق [7] أصحابنا بين الظفر والرأس فقالوا : الرأس يعبر به عن جميع البدن ، يقال عند فلان كذا رأسا من الرقيق [8] ، ويعبر بالرقبة عن الجميع . قال اللّٰه تعالى ﴿ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ﴾ [9] وقال تعالى ﴿ فَكُّ رَقَبَةٍ ﴾ [10] ، وقال ﴿وَفِي ٱلرِّقَابِ﴾ [11] . والوجه يعبر به عن الجملة قال اللّٰه تعالى : ﴿ وَيَبْقَىٰ وَجْهُ رَبِّكَ ﴾ [12] أي ذاته . وتقول : جاءني وجوه [13] العشيرة . والفرج [14] يعبر به عن الجملة [15] يقولون : فلان قال : ملكت كذا فرجا [16] ، وليس كذلك الأنملة ، وطرف الظفر [17] ، والشعرة الواحدة ، لأنه لا يعبر بها عن الجملة [18] .

٢٣٨٦٧ – فإن قالوا : قد ذكر اللّٰه تعالى اليد ، وأراد بها الجملة قال اللّٰه تعالى : ﴿ذَٰلِكَ بِمَا قَدَّمَتْ يَدَاكَ ﴾ [19] ، وقال ﴿تَبَّتْ يَدَآ أَبِي [20] لَهَبٖ وَتَبَّ ﴾ [21] وقال اللّٰه

---

(١) ساقطة من (ع) .
(٢) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .
(٣) وذلك كالوصية بالثلث والربع والثمن والسدس إلا أنه لا يراد فيها على ثلث التركة إلا أنه يجيز الورثة ذلك انظر : تحفة الفقهاء (٣٤١/٣) الهداية (٢٣٢/٤) .
(٤) انظر : فتح القدير (٢٥٧/٦) .
(٥) في (ن) : [بحر] .
(٦) ساقطة من (ع) .
(٧) في (ع) : [القيق] .
(٨) في (ع) : [فرض] .
(٩) سورة المائدة : الآية ٩٢ .
(١٠) سورة البلد : الآية ١٣ .
(١١) سورة التوبة : الآية ٦٠ .
(١٢) سورة الرحمن : الآية ٢٧ .
(١٣) في (ن) : [وجوه] .
(١٤) في (ع) : [والفرج] .
(١٥) في (ع) : [الحملة] .
(١٦) في (ن) : [فرحا] .
(١٧) في (ن) : [الطفر] .
(١٨) انظر : المبسوط (٨٩/٦)بدائع الصنائع (١٤٣/٣) فتح القدير (١٤/١٣/٤) تبيين الحقائق (٢٠٠/٢) الاختيار (٧٦/٣) .
(١٩) سورة الحج : الآية ١٠ .
(٢٠) في (ن) : [يدي] .
(٢١) سورة المسد : الآية ١ .

تعالى : ﴿ لَهُمْ قَدَمَ صِدْقٍ عِندَ رَبِّهِمْ ﴾ (١) ، ويقال : تساوت الأقدام ، وأعلا الله كعبك ، وحيا الله هذه (٢) اللحية ، و(٣) لفلان الوبر يعنى : الجمال (٤) ، ولفلان الشعر: يعنى الغنم .

٢٣٨٦٨ - قلنا : هذا الكلام تكلف من مخالفنا ، لأنه قد ثبت بالدليل الذي ذكرناه أن الرأس الذي والرقبة يعبر به عن جميع البدن ، [ولاخلاف أن طرف الظفر (٥) لا يعبر به عن جميع البدن] (٦) ، فقد صح لنا الفرق في موضع الخلاف ، واعتبار اليد دون البدن (٧) ، لأن الاسم الذي يتناولها لا معنى للتشاغل به ، وعندهم أن الحكم لا يتعلق بما يعبر به عن اليد دون غيره .

٢٣٨٦٩ - فإن قيل : نحن لا نسلم أن الرأس يعبر به عن جميع البدن ، ومعنى قوله كذا وكذا رأس أي رأس .

٢٣٨٧٠ - قلنا : الرأس في الحقيقة اسم العضو ، وقد صار في العرف (٨) الذي ذكرناه اسما لجميع البدن ، فلم يثبت مثل هذا العرف فيما ذكروا ، ولو ثبت لسوينا بينهما ، والمجاز لا يقاس عليه (٩) ، لأنه لو فعل ذلك صار حقيقة ، ولابد أن يكون أبو حنيفة عرف عادة في الاستعمال ، لم يعرفها في هذه الأعضاء ، فعلق الحكم بها ، والعرف يأخذ الثاني عن الأول ، فلم يلزم الأول اتباع الثاني فيه إلا أن يثبت بغير العرف .

٢٣٨٧١ - فإن قيل: إذا كان الرأس في الحقيقة اسما للعضو وبالعرف لجميع البدن فالواجب أن لا يحمل على أحدهما بغير نية (١٠) .

٢٣٨٧٢ - قلنا : إنما حمله أبو حنيفة على ذلك لعرف شاهده بحاضر الاسم ، ولا

---

(١) سورة يونس : الآية ٢ .
(٢) في (ن) : [هذا] .
(٣) ساقطة من (ع) .
(٤) في (ع) : [الجمال] .
(٥) في (ن) : [الطفر] .
(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ومستدرك في الهامش .
(٧) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .
(٨) العرف هو : ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول وتلقته الطبائع بالقبول . التعريفات ص ١٩٤ .
(٩) انظر : المزهر في علوم اللغة وأنواعها لجلال الدين السيوطى (٣٦٤/١) ط عيسى الحلبي تحقيق محمد جاد المولى وعلي البجاوي ومحمد أبو الفضل .
(١٠) هذا استدلال للمخالف بأن الرأس وغيره من الأعضاء التي يعبر بها عن الجملة أنه وإن كان يعبر بها عن الجملة إلا أنها حقيقة في الأعضاء فلا تدل على جملة البدن إلا بالنية . انظر : النكت ورقة ٢٢٢ .

شبهة لمعرفته بالحال . على أن أصحابنا تكلموا على ما أورده فقالوا: قوله ﴿ تَبَّتْ يَدَآ أَبِي [1] لَهَبٍ وَتَبَّ ﴾[2]. ليس المراد به الجارية ولا الجملة ، وإنما المراد العمل معناه: خسر عمله ثم قال « وتب [3] » ولو كان المراد بالأول الجملة لكان مكرراً .

٢٣٨٧٣ – وقوله : ﴿ بَلْ يَدَاهُ مَبْسُوطَتَانِ ﴾ [4] المراد به : القدرة وقوله ﴿ فَبِمَا كَسَبَتْ أَيْدِيكُمْ ﴾ [5] المراد به الجارحة ، لأن الكسب يقع بها غالبًا . وقوله عليه الصلاة والسلام: على اليد ما أخذت حتى ترد [6] أي على ذي اليد بحذف المضاف . [7] وقوله تعالى: ﴿ لَهُمْ قَدَمَ صِدْقٍ ﴾ [8] المراد به عمل يتقدمون به . وفي قوله : « أعلا الله كعبه » معناه : عمله . وقولهم: لفلان الوبر [ولفلان الشعر] [9] يدل [10] على أن الشعر والوبر يعبر به عن الإبل والغنم وليس في ذلك دلالة على أنه يعبر عن الآدمي .

٢٣٨٧٤ – وقولهم : حيا الله لحيتك المراد به نفس اللحية لا الجملة [11] وإنما أضاف اللحية إليها لأن الجمال والتمييز يقع بها ، وجملة هذا أن يتناول الرأس الجملة مجازا [12] . فإن ادعى مخالفنا أن غير ذلك يعبر به عن » الجملة [13] على طريق المجاز [14] عرفا فلم يثبت هذا العرف عند أبي حنيفة ﷺ ولو ثبت قال به . والاستعمال في المجاز لا يثبت بالقياس [15] .

٢٣٨٧٥ – فإن قيل : إذا أطلق الرأس يتناول الجملة فإذا أضيف يتناول العضو .

---

(١) في (ن) : [يدي] .
(٢) سورة المسد : الآية ١ .
(٣) سورة المسد : الآية ١ .
(٤) سورة المائدة : الآية ٦٤ .
(٥) سورة الشورى : الآية ٣٠ .
(٦) الحديث أخرجه أبو داود في سننه – باب في تضمين العارية عن سمرة (٨٢٢/٣) والترمذي في سننه – باب ما جاء في أن العارية مؤداة (٣٤٢/٢) بنحوه وابن ماجه في سننه ، باب الوديعة (٨٠٢/٢) والبيهقي في السنن الكبرى ، باب العارية مضمونه (٩٠/٦) والحاكم في المستدرك كتاب البيوع (٤٧/٢) .
(٧) انظر : فتح القدير (١٥/٤) العناية (١٥/٤) البناية (٤٠٩/٤) .
(٨) سورة يونس : الآية ٢ .
(٩) ما بين المعكوفين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) وزدتها ليستقيم المعنى بها .
(١٠) في (ع) : [فدل] .
(١١) في (ع) : [الحملة] .
(١٢) في (ن) : [مجاز] .
(١٣) في (ن) : [الحملة] .
(١٤) في (ع) : [المجاز] .
(١٥) انظر : المزهر في علوم اللغة وأنواعها (٣٦٤/١) .

نقول : هذا رأس فلان [١] .

٢٣٨٧٦ - قلنا : وقد يضاف ما يراد به الجملة [٢] كما يقول: ذاتك ونفسك .

* * *

(١) أي أن هذا العضو عند المخالف إذا أطلق تناول الجملة وإذا أضيف فلا ولهذا تقول صدعني رأسي والمراد به : العضو فلا يجوز أن يجعل عبارة عن الجملة مع الإضافة كقوله : أنت طالق من وثاق . النكت ورقة ٢٢٢ .

(٢) في (ع) : [الحكمة] .

مسألة ١١٥٤

لا يستحلف في النكاح

٢٣٨٧٧ - قال أبو حنيفة : لا يستحلف في النكاح .

٢٣٨٧٨ - [وقال أبو يوسف ومحمد : يستحلف فيه] [(١)] .

٢٣٨٧٩ - وبه قال الشافعي [(٢)] .

٢٣٨٨٠ - لنا : أن حبسه لا يجوز أن يستوفى بالنكول فلا [(٣)] يستحلف فيه حد الزنا ، [(٤)] ولا يلزم بالقصاص . لأن حبسه ليستوفى النكاح ، فإذا لم يستحلف في أحدهما ، لم يستحلف في الآخر ، لأن كل واحد منهما أخذ ما يستوفى به منفعة البضع ، ولأن بذله لا يصح ، بدلالة أن استيفاءه مع البذل كاستيفائه من غير بذل في الحكم المتعلق به نصًّا [(٥)] ، كحد الزنا [(٦)] .

٢٣٨٨١ - فإن قيل : لا نسلم أن بذله لا يصح ، لأنها إذا تزوجته فقد بذلت نفسها ، وإذا وطئها في النكاح فقد استوفى المنافع بالبذل ، وحكم هذا الاستيفاء مخالف للاستيفاء من غير بذل [(٧)] .

٢٣٨٨٢ - قلنا : وطء الزوج ليس هو استيفاء بالبذل ، لكن بحق الملك ، وكذلك المرأة إذا تزوجت ، فلم تبذل المنافع ، وإنما بذلت العقد .

---

(١) ما بين المعكوفين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) . انظر : مختصر الطحاوي ١٧٢ ، تحفة الفقهاء (٢٩٤،٢٩٣/٣) بدائع الصنائع (٢٢٧/٦) ، الهداية (١٥٧/٣) ، البحر الرائق (٢٠٧/٣) والمسألة في الكتاب . انظر : اللباب (٩/٣) .

(٢) انظر : المهذب (٣١١/٢) ، الوجيز (٢٦٥/٢) ، روضة الطالبين (٣٧/١٢) .

(٣) في (ع) : [ولا] .

(٤) في (ع) : [الزنا] . قال في بدائع الصنائع : لا يجوز الاستحلاف في الحدود الخالصة حقا لله تعالى كحد الزنا والسرقة والشرب » لأن الاستحلاف لأجل النكول ، ولا يقضى بالنكول في الحدود الخالصة لأنه بذل . بدائع الصنائع ٢٢٦/٦ وبهذا تبين أنه لا يجوز الاستحلاف في حد الزنا ، لأنه لا يقضى فيه بالنكول ، كما لا يستحلف في النكاح ، لأنه لا يقضى فيه بالنكول .

(٥) في (ن) : [قضا] .

(٦) في (ن) : [الزنا] . انظر : بدائع الصنائع (٢٢٧/٦) ، نتائج الأفكار (١٨٥،١٨٤/٨) .

(٧) أي أنه يجوز الاستحلاف في النكاح ، لأن بذله يصح ، لأنها إذا تزوجته فقد بذلت نفسها ، وإذا وطئها =

٢٣٨٨٣ – احتجوا : [١] بقوله ﷺ : « البينة على المدعي واليمين على المدعي عليه [٢] .

٢٣٨٨٤ – والجواب : أن هذا عموم مخصوص بما ذكرنا [٣] .

٢٣٨٨٥ – قالوا : ما جاز أن يثبت بالإقرار جاز أن يستحلف فيه كالمال [٤] [٥] .

٢٣٨٨٦ – قلنا : يبطل بالزنا .

* * *

= فقد استوفى المنافع بالبذل ، وحكم هذا الاستيفاء مخالف للاستيفاء من غير بذل . انظر : النكت ورقة ١٩٨ .

(١) انظر : الحاوي الكبير ورقة ١٤٢ .

(٢) الحديث أخرجه الترمذي في سننه – باب ما جاء في أن البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه ، سنن الدارقطني مع التعليق (٤/ ١٥٧) . والبيهقي في السنن الكبرى – باب البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه (٢٥٢/١٠) . صحيح مسلم – باب اليمين على المدعى عليه (١٣٣٦/٣) .

(٣) قال في العناية : « لا يقال إن أبا حنيفة ترك الحديث المشهور ، وهو قوله ﷺ واليمين على من أنكر » بالرأي – وهو لا يجوز – لأن أبا حنيفة لم ينف وجوب اليمين فيها ، لكنه يقول لما لم يفد اليمين فائدتها – وهو القضاء بالنكول ، لكونه بذلا لا يجرى فيها – سقطت ، كسقوط الوجوب عن معذور لا يتحقق منه أداء الصلاة لفوات المقصود . العناية (١٨٥/٨) .

(٤) انظر : الحاوي الكبير ورقة ١٤٢ .

(٥) قاعدة : « ما جاز أن يثبت بالإقرار جاز أن يستخلف فيه كالمال » .

مسألة ١١٥٥

المطلقة في مرض الموت ترث وهي في العدة

٢٣٨٨٧ – قال أصحابنا : إذا أبان المريض امرأته فمات [١] وهي في العدة ، ورثت منه [٢] .

٢٣٨٨٨ – وقال الشافعي : – في أحد قوليه – لاترث [٣] .

٢٣٨٨٩ – لنا : إجماع الصحابة ﷺ [٤] . وروى المغيرة [٥] عن إبراهيم ، كتب عمر

---

(١) ساقطة (م) ، (ن) ، (ع) .

(٢) أما إرثها منه فلا يتحقق ذلك إلا بشروط وهي نوعان : نوع يعم أسباب الإرث كلها ، ونوع يخص النكاح . أما الذي يعم الأسباب كلها فهو : –

١ – الأهلية وهو : أن لا يكون الوارث مملوكًا ، ولا مرتدًا ولا قاتلًا ، فلا يرث المملوك ولا المرتد من أحد ولا يرث القاتل من المقتول .

٢ – وجود الأهلية منها وقت الطلاق ودوامها إلى وقت الموت .

٣ – ومنها شرط المحلية ، وهو : أن يكون المتروك مالًا فاضلًا فارغًا عن حوائج الميت حاجة أصلية .

٤ – ومنها اتحاد الدين واتحاد الدار . انظر : هذه المسألة في مختصر الطحاوي ٢٠٣ ، رءوس المسائل ٤١٨ المبسوط (١٥٤/٦) تبيين الحقائق (٢٤٥/٢) ، ورد المحتار (٥٢/٢) والمسألة في الكتاب . انظر : اللباب (٥٢/٣) – وبه قال الإمام مالك (٥٨٤/٢) ، التفريع (٨٠/٢) ، المغني (٢١٧/٧) ، الشرح الكبير (١٨١/٧) .

(٣) اختلف قول الشافعي فيمن بتّ طلاق امرأته في المرض المخوف واتصل به الموت ، فقال – في أحد القولين – إنها ترثه – في القديم أنها لا ترث إلا بشروط هي : –

١ – كون الزوجة وارثة ، فلو أسلمت بعد الطلاق فلا . ٢ – عدم اختيارها فلو اختلعت أو سألت فلا .

٣ – كون البينونة في مرض مخوف ونحوه ، ومات بسببه فإن برئ منه فلا .

٤ – كونها بطلاق لابلعان وفسخ .

٥ – ثبوت الزواج بغير الإقرار ، ليخرج ما إذا أقر به . انظر : الأم (٢٧١/٥) ، المهذب (٢٥/٢) ، مغني المحتاج (٢٩٤/٣) ، نهاية المحتاج (٤٥٤/٦) ، الأم (٢٧١/٥) . مختصر المزني (٢٨٩/٨، ٢٩٠) : الوجيز (٥٩/٢) ، المحلى (٥٦٢/١١) .

(٤) قال في فتح القدير : أما الإجماع : فلأن عثمان ورث تماضر بنت الأصبغ الكلبية من عبد الرحمن بن عوف لما بت طلاقها في مرضه وهي في العدة ، بمحضر من الصحابة فلم ينكر فكان إجماعًا . فتح القدير (١٤٦/٤) .

(٥) هو : المغيرة بن مقسم الضبي : روى عن إبراهيم والشعبي وأبو وائل وغيرهم ، وروي عنه الثوري وشعبة وشريك وغيرهم . قال العجلي والنسائي : ثقة . مات سنة ١٣٢ هـ . انظر : الجرح والتعديل (٢٢٨/٨، ٢٢٩) ، الثقات لابن حبان (٤٦٤/٧) ، تهذيب التهذيب (٢٦٩/١٠) خلاصة تهذيب الكمال (٥١/٣) .

إلى شريح [(١)] فقال [(٢)] : كان فيما جاءني به عوف [(٣)] البارقي [(٤)] من عبد الله بن عمر » [(٥)] ﷺ في الذي يطلق امرأته وهو مريض ترث [(٦)] ما كانت في العدة [(٧)] .

٢٣٨٩٠ - وروى الشعبي أن أم البنين ابنة عيينة بن حصن [(٨)] ، كانت تحت عثمان بن عفان ، فلما حضر [(٩)] طلقها ، [فجاءت إلى علي بن أبي طالب بعد ما قتل ، وأخبرته بذلك فقال : تركها حتى أشرف على الموت فارقها] [(١٠)] فورثها [(١١)] .

٢٣٨٩١ - وروى هشام بن عروة [(١٢)] ، عن أبيه [(١٣)] ،......................

---

(١) هو : شريح بن الحارث بن قيس الكندي . روى عن عمر ، وعلي ، وروى عنه النخعي وابن سيرين وتميم ابن سملة وغيرهم . قال يحيى بن معين : ثقة . مات سنة (٧٨ هـ) . انظر : تذكرة الحفاظ (٩٥/١) ، التاريخ الكبير (٢٢٨/٢، ٢٢٩) ، سير أعلام النبلاء (١٠٠/٤-١٠٦) ، طبقات السيوطي ص ٢٠ .

(٢) ساقطة (م) ، (ن) ، (ع) .

(٣) هكذا في جميع النسخ ، وصحته [عروة البارقي] كما في إسناد الحديث . انظر : سنن سعيد بن منصور (٤٢/٣) .

(٤) عروة بن الجعد البارقي سكن الكوفة . روى عن النبي ﷺ وروى عنه الشعبي ، وسماك بن حرب والسبيعي ، مشهور وكان ممن سيره عثمان ﷺ إلى الكوفة . انظر : الاستيعاب (١٠٦٥/٣) ، أسد الغابة (٢٦/٤، ٢٧) ، الإصابة (٤٨٨/٤، ٤٨٩) .

(٥) هكذا في جميع النسخ ، وصحة سياق الحديث « من عند عمر ﷺ . انظر : سنن سعيد بن منصور ٤٢/٣ .

(٦) في (ن) : [بيرت] .

(٧) أخرجه سعيد بن منصور في سننه ، باب طلاق المريض (٤٢/٣) - وابن أبي شيبه في المصنف كتاب الطلاق من قال ترثه ما دامت في العدة منه إذا طلق وهو مريض (٢١٧/٥، ٢١٨) والبيهقي في السنن الكبرى - باب ما جاء في توريث المبتوتة في مرض الموت بنحوه (٣٦٣/٧) .

(٨) هي أم البنين بنت عيينة بن حصن الفزارى ، لوالدها صحبة ، ولها إدراك وتزوجها عثمان ﷺ . الإصابة (١٧٨/٨) .

(٩) في (ن) : [حضر] .

(١٠) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ومستدرك في الهامش . المبسوط (١٥٥/٦) .

(١١) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف ، كتاب الطلاق - المصنف (٢١٨/٥، ٢١٩) ، وأخرجه أيضًا ابن حزم في المحلى (٥٦٨/١١) . انظر : المبسوط (١٥٥/٦) ، بدائع الصنائع (٢١٨/٣) .

(١٢) هشام بن عروة بن الزبير بن العوام روى عن أبيه وعبد الله بن الزبير وعمرو بن خزيمة وغيرهم ، وروي عنه سعد ومالك والسفيانان وغيرهم . قال أبو حاتم : ثقة . مات سنة ١٤٦ هـ . انظر : الكاشف (١٩٧/٣) ، ميزان الاعتدال (٣٠١/٤، ٣٠٢) ، تهذيب التهذيب (٢٥١/١١) التعديل والتجريح للباجى (١١٧١/٣) .

(١٣) عروة بن الزبير بن العوام القرشي : روي عن ابن عباس وعائشة وزيد بن ثابت وغيرهم ، وروي عنه الزهري وعبد الله بن عروة وصالح بن كيسان وسعيد بن خالد وغيرهم ، قال ابن سعد : كان ثقة فقيهًا عالمًا . مات سنة ٩٢ هـ . انظر : في الجرح والتعديل (٣٩٥/٦، ٣٩٦) ، تذكرة الحفاظ (٦٢/١، ٦٣) ، تهذيب =

عن عائشة رضي الله عنها »[١] قالت : إذا طلق الرجل[٢] امرأته في مرضه ، فانقضت العدة ، فلا ميراث بينهما[٣] . وروى سفيان بن حبيب[٤] عن رجل من قريش عن أبي بن كعب[٥] قال : إذا طلقها ، وهو مريض ، ثم مات[٦] ورثت منه[٧] .

٢٣٨٩٢ - وعن ابن عباس[٨] ، وعروة بن الزبير مثله[٩] ، وروى أن عبد الرحمن بن عوف طلق امرأته تماضر[١٠] بنت الأصبغ[١١] الكلبية فدخل عليه عثمان يعوده ، فأشهده على طلاقها ، فقال له عثمان رضي الله عنه : أما إنك لو مت في مرضك ، ورثتها منك ، فقال : أما إني لم أطلقها فرارا من كتاب الله ، قال : ذلك ما تقوله ، فمات في مرضه ذلك ، فورثها عثمان ، فأصابها ربع الثمن ثمانون ألفا[١٢] ، وهذا بحضرة الصحابة من

= التهذيب (١٨٠/٧-١٨٥) ، طبقات السيوطي ص ٢٣ .

(١) في (ن) : [عنه] . (٢) في (ن) : [الرحل] .

(٣) روى ذلك عنها ابن أبي شيبة في مصنفه/ كتاب الطلاق/ من قال ترثه مادامت في العدة منه ، عن عائشة أنها قالت في المطلقة ثلاثا وهو مريض : ترثه مادامت في العدة (٢١٢/٥) وابن حزم في المحلى (١١/ ٥٥٥) . انظر : المبسوط (١٥٥/٦) بدائع الصنائع (٢١٩/٣) .

(٤) هو : سفيان بن حبيب البصري - روى عن أشعث بن جابر وخالد الحذاء وابن جريج وغيرهم وروي عنه حبان بن هلال وسليمان بن أيوب ، وعمرو بن على . قال أبو حاتم . صدوق ثقة . مات سنة ١٨٢ هـ . انظر : الجرح والتعديل ٤ / ٨٢٨ ، تهذيب الكمال (١٣٧/١١ ، ١٣٨) ، الكاشف (٣٠٠/١) .

(٥) هو : الصحابي الجليل أُبيّ بن كعب بن قيس بن النجار الأنصاري . روى عن النبي ﷺ وروى عنه عبادة بن الصامت وابن عباس وعبد الله بن خباب وغيرهم ، كان من ألزم الصحابة لكتابة الوحي ، وشهد العقبة الثانية والمشاهد كلها مع رسول الله ﷺ . مات سنة (٣٠ هـ) على الصحيح . انظر : الاستيعاب (٦٥/١-٧٠) ، أسد الغابة (٦١/١-٦٣) ، الإصابة (٢٧/١) ، طبقات ابن سعد (٣٤٠/٢، ٣٤١) .

(٦) في (ن) : [ماتت] .

(٧) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف عن أبي بن كعب قال : إذا طلقها وهو مريض ورثت منه ولو مضى ستة أشهر لم يبرأ أو يموت (٢١١/٥) ، والبيهقي في السنن الكبرى (٣٦٣/٧) . انظر : المبسوط (١٥٥/٦) ، بدائع الصنائع (٢١٩/٣) .

(٨) قال في المحلي عن طاوس عن ابن عباس في الذي يطلق امرأته ثلاثًا في مرضه قبل أن يدخل بها ، قال : ليس لها ميراث ، ولها نصف الصداق . المحلى (٥٦٣/١١) .

(٩) أخرجه عبد الرزاق في المصنف عن هشام وابن أبي شيبة في المصنف ، كتاب الطلاق بنحوه (٢١٧/٥) وسعيد بن منصور في سننه (٢/ ٣/ ٤٣، ٤٤) .

(١٠) في (ن) : [يماطر] . (١١) في (ن) : [الأصبع] .

(١٢) في الاستدلال بقصة عبد الرحمن بن عوف نظر ، فقد قال في المجموع وليس طلاقه لها (أي ما سألت تماضر عبد الرحمن) في هذا الوقت لأن قولها طلقني يقتضي الجواب في الحال ، فإذا تأخر ثم طلقها كان =

غير نكير [١] .

٢٣٨٩٣ – فإن قيل [٢] : عبد الله بن الزبير مخالف [٣] ، لأنه قال : ورَّث عثمان تماضر [٤] ولو كنت أنا لم أورثها ، وروى أنه قال : وأما أنا فلا أورث مبتوتة .

٢٣٨٩٤ – قلنا : ابن الزبير قال هذا بعد [٥] معاوية ، في إمارته ، والإجماع سبق قوله ، فكيف يعتد بقوله على الإجماع ، ولم يكن ابن الزبير ممن يجتهد مع عمر ، وعثمان ، وعلى ، وعائشة ﷺ ، وإنما قال هذا بعد مضى عصرهم [٦] ، فالإجماع سبق [٧] ، على أن قوله : ورثها عثمان ، ولو كنت أنا لم أورثها [٨] يجوز أن يكون معناه : استدراك من هذا الحكم ، ما لو كنت أنا لم يقع لي ، وقوله : أما أنا فلا أورث مبتوتة [٩] يجوز أن يكون معناه أستدرك أن رأيي أن لا أورث مبتوتة ، إلا أن عثمان ورثها ، فتبين أن القياس عنده يخالف قول عثمان ، وهذا ليس بمخالفة منه ، بل يجوز أن يكون عدولا عن القياس بقول الصحابة ﷺ .

٢٣٨٩٥ – فإن قيل : عبد الرحمن مخالف [١٠] ، لأنه طلقها لإسقاط ميراثها [١١] .

٢٣٨٩٦ – قلنا : قد روينا أنه لم يقصد [١٢] بطلاقها إسقاط ميراثها ، لأنه قال ما أطلقها [١٣] فرارا من كتاب الله . ولا اعتقد أنه يموت من ذلك المرض حتى يكون / ٢/أ

= ذلك ابتداء طلاق . انظر : المجموع (٦٤٥/١٦) .

(١) انظر : المبسوط (١٥٥/٦) ، بدائع الصنائع (٢١٩/٣) ، فتح القدير (٢١٤٦/٤) رءوس المسائل ٤١٩ ، البناية (٥٧٢/٤) ، المغنى (٢١٨/٧) ، الشرح الكبير (١٨١/٧) ، مسالك الدلالة ١٩٢ .

(٢) هذا اعتراض للمخالف بأن توريث عثمان لتماضر قد خالفه فيه ابن الزبير ، فقال ورَّث عثمان تماضر وأنا لا أري توريث المبتوتة . انظر : النكت ورقة ٢٢٣ .

(٣) في (ن) : [محالف] .

(٤) في (ن) : [تنماطر] .

(٥) ساقط (م) ، (ن) ، (ع) .

(٦) أخرجه عبد الرزاق في المصنف ، باب طلاق المريض (٦٢/٧) وابن أبي شيبة في المصنف ، كتاب الطلاق (٢١٧/٥) ، والشافعي في مسنده ، باب في العدة ١١٨ ، والدارقطنى في سننه ، باب ما جاء في توريث المبتوتة (٦٤/٤) والبيهقي في السنن الكبرى (٣٦٢/٧) .

(٧) قال في بدائع الصنائع : على أنه روى أن ابن الزبير قال ذلك في ولايته ، وقد كان انعقد الإجماع منهم على التوريث ، فخلافه بعد وقوع الاتفاق منهم لا يقدح في الإجماع ، لأن انقراض العصر ليس بشرط لصحة الإجماع على ما عرف في الأصول . انظر : بدائع الصنائع (٢١٩/٣) ، الشرح الكبير (١٨١/٧، ١٨٢) .

(٨) سبق تخريجه .

(٩) في (ن) : [متبوبة] .

(١٠) في (ن) : [مخالف] .

(١١) هذا استدلال للمخالف على أن هذا الإجماع قد خالفه عبد الرحمن بن عوف ، لأنه طلق تماضر لإسقاط ميراثها . انظر : النكت ورقة ٢٢٣ .

(١٢) في (ن) : [ما يعصد] .

(١٣) في (ن) : [حلقها] .

طلاقها ، لإسقاط ميراثها [١] .

٢٣٨٩٧ - قالوا : روى أن عبد الرحمن قال : والله لا أورث تماضر [٢] « بنت الأصبغ [٣] » وهذا يدل أن طلاقها كان لقطع الميراث عنها .

٢٣٨٩٨ - قلنا : لأنها سألته الطلاق ، فاعتقد أن طلاقها مع مسألتها يسقط إرثها ، وبذلك نقول [٤] ، لأنه أخر تطليقاتها ، فيجوز أن يكون ظنه أن العدة تنقضي قبل ذلك .

٢٣٨٩٩ - فإن قيل : لابد أن يكون في المسألة خلاف ، لأن عثمان ورثها ، وقد سألت الطلاق . وعندكم أنها لا ترث [٥] فإن كان إمساك الصحابة عن الإنكار إجماعًا فقد أجمعوا على ثبوت الميراث في موضع لا إرث فيه ، فكيف يجتمعون على ضلال ، وإن كان في المسألة خلاف ، ولم ينكر [٦] .

٢٣٩٠٠ - قلنا : أما مسألتها الطلاق ، فلم يطلقها بمسألتها ، لأنه روى أنه قال : من سألتنى الطلاق طلقتها ، فأرسلت إليه تماضر [٧] تسأله الطلاق ، فقال إذا حضت فأذنيني ، فلما حاضت قال : إذا طهرت فأذنيني ، فلما طهرت طلقها .

٢٣٩٠١ - ولو كان الطلاق بمسألتها لقال حين سألت : إذا طهرت من حيضك فأنت طالق فأما قولهم أنه ورثها بعد انقضاء عدتها فقد روى هذا وروى أبو عوانه [٨] عن عمر [٩]

---

(١) انظر : المبسوط (١٥٥/٦) .
(٢) في (ن) : [تماطر] .
(٣) في (ن) : [الأصبع] .
(٤) انظر : المبسوط (١٥٥/٦) .
(٥) في (ن) : [يرث] أي إن سألت الطلاق .
(٦) هكذا في جميع النسخ ولعل تكملة الاعتراض » فهذا إجماع سكوتي وهو ليس بحجة وذلك لأن الإجماع لا ينعقد عند الشافعي إلا بقول الكل لأن السكوت محتمل والمحتمل لا يكون حجة . انظر : كشف الأسرار ، شرح المنار لعبد الله بن أحمد النسفى ج (١٨١،١٨٠/٢) ط أولى ١٤٠٦ هـ بيروت .
(٧) في (ن) : [تماطر] .
(٨) هو : الوضاح بن عبد الله البشكرى أبو عوانة روى عن إبراهيم بن ميسرة وإسماعيل بن سالم وعمرو بن أبي سلمة وغيرهم ، وروي عنه عفان وقتيبة وغيرهم . قال أبو زرعة : بصري ثقة إذا حدث من كتابة . مات سنة (١٧٦هـ) . انظر : الجرح والتعديل (٤١،٤٠/٩) الكاشف (٢٠٧/٢) ، الثقات (٥٦٣،٥٦٢/٧) ، خلاصة تهذيب الكمال (١٤٠/٣) .
(٩) في (ع) : [عن ابن عمر بن أبي سلمة] . والصواب أنه عمر بن أبي سلمة بن عبد الرحمن بن عوف ، روي عن أبيه وإسحاق بن يحيي وغيرهم وروى عنه سعد بن إبراهيم ومسعر وخشين وغيرهم . قال أبو حاتم : صدوق صالح . مات سنة ١٣٢هـ انظر : الثقات (١٦٤/٧) ، ميزان الاعتدال (٢٦٣،٢٦٢/٣) ، الجرح والتعديل (٢٣٥/٦) الكاشف (٢٧١/٢) .

وابن أبي سلمة [١] عن أبيه قال ، طلق عبد الرحمن إحدى نسائه ثم قال : فلم « يلبث » إلا يسيرا حتى مات وهي في العدة فورثها [٢] عثمان .

٢٣٩٠٢ - فيحتمل أن يكون من قال ورثها قبل انقضاء عدتها يعنى قسم لها قبل انقضاء عدتها . وليس من شرط الميراث بقاء العدة إلى حين القسمة ، وإنما المعتبر بقاؤها إلى حين الموت [٣] .

٢٣٩٠٣ - فإن قيل : إنما لم يذكروا الآية لأنه موضع اجتهاد مذهبهم ، حتى لا يعترضوا على الحاكم .

٢٣٩٠٤ - قلنا : لم تجر عادتهم أنهم يمسكون عن ذكر مذهبهم ، ومن عرف السيرة وما جرى عليه أمر الاختلاف علم أن العادة خلاف هذا .

٢٣٩٠٥ - فإن قيل : روى أنها صالحت عن حقها على ثمانين ألفا ، ولو كانت تستحق الإرث ، لما احتاجت إلى الصلح .

٢٣٩٠٦ - قلنا : الورثة إذا أحبوا إخراج بعضهم من التركة ، صالحوه عن حقه عن مال لتسلم [٤] لهم التركة ، على أنها [٥] لو لم تستحق شيئًا لم يجز أن تصالح [٦] على مال يدفع [٧] إليها ، ولأنه حق مال يجوز أن تستحقه المطلقة الرجعية ، فجاز أن تستحقه المبتوتة كالسكنى .

٢٣٩٠٧ - فإن قيل : المعنى في السكنى [٨] أنها تستحق إن طلقها في الصحة كذلك إذا طلقها في المرض . والميراث لا تستحقه المطلقة في حال الصحة ، كذلك إذا

---

(١) أبو سلمة بن عبد الرحمن بن عوف الزهري . روي عن أبيه ، وعثمان بن عفان وطلحة وأبو الدرداء وغيرهم ، وروي عنه زرارة بن مصعب وعروة بن الزبير وبكير بن عبد الله وغيرهم . مات سنة (٩٤ھ) . انظر : تهذيب التهذيب (١١٨/١١٥/١٢) ، الثقات (٢/١/٥) ، وخلاصة تهذيب الكمال (٢٢١/٣) .

(٢) سبق تخريجه .

(٣) انظر : البناية (٥٧٣/٤) .

(٤) (م) ، (ن) ، (ع) .

(٥) في (ن) : [إنهما] .

(٦) في (ن) : [بصالح] .

(٧) ساقطة (م) ، (ن) ، (ع) .

(٨) قال في بدائع الصنائع : فإن كانت معتدة من نكاح صحيح عن طلاق فإن كان الطلاق رجعيًا فلها النفقة ، والسكنى بلا خلاف ؛ لأن ملك النكاح قائم ، فكان الحال بعد الطلاق كالحال قبله . وإن كان الطلاق ثلاثًا أو بائنا ، فلها النفقة والسكنى إن كانت حاملا بالإجماع . وإن كانت حائلا فلها النفقة والسكنى عند أصحابنا . انظر : بدائع الصنائع (٢٠٩/٣) ، وبهذا تبين أن المطلقة الرجعية تستحق السكنى ، فجاز أن تستحقه البائن ، كما أن المطلقة الرجعية تستحق الميراث فجاز أن تستحقه البائن .

طلقها في حال المرض .

٢٣٩٠٨ - قلنا : السكنى حق ثابت لها في حال الصحة والمرض . والطلاق في حال المرض لم يسقط هذا الحق ، ولأنها وارثة فلا يملك إخراجها من الإرث بقوله .

٢٣٩٠٩ - أصله : سائر الورثة ، ولأن الميراث يستحق تارة بنسب [١] ، وتارة بسبب [٢] ، فإذا كان الوارث بالنسب لا يملك إخراجه من الميراث بقوله ، كذلك الوارث بالسبب [٣] ، ولا يلزم إذا طلقها في الصحة ، لأنه يملك إسقاط حق ورثته عن ماله بقوله في الصحة ، مثل أن يهب جميعه ، ويسلمه [٤] .

٢٣٩١٠ - ولا يلزم إذا نفي [٥] نسب الولد ، لأنه لا يبطل بقوله ، ولكن بقوله وحكم الحاكم [٦] ، ولأنه لا يسقط عن الإرث ، ولكن تبين أنه لم يكن وارثا ، ولا يلزم إذا كان له أخ ، لأنه لم يخرج الأخ من الميراث ، ولكن تبين أنه لم يكن وارثا [٧] .

٢٣٩١١ - ولآن الأخ لا يخرج من الإرث بالإقرار بالابن ، لجواز أن يصير الابن قاتلا ، ومرتدا ، ولأن تصرف المريض فيما يلحقه من التهمة حال مرض كتصرفه بعد الموت ، والدليل عليه عتقه ، وهبته [٨] ، ومعلوم أنه لو أسقط حقها بعد موته لم يسقط ، كذلك إذا أسقطه حال المرض .

٢٣٩١٢ - ولأنه طلقها في حال يلحقه منه التهمة ، فإذا دام المرض إلى حين موته مع بقاء عدتها ورثت ما لم يسقط حقها ، كما لو قال لها : أنت طالق [٩] ، أنت بائن [١٠] .

---

(١) الإرث بالنسب ثلاثة أنواع المنتسبون إليه وهم الأولاد والمنتسب هو إليهم وهم الآباء والأمهات والمنتسبون معه إلى أصوله ، وهم الأخوات والأعمام وغير ذلك . انظر : البحر الرائق (٥٥٧/٨) .

(٢) الإرث بالسبب ضربان : زوجية وولاء ، والولاء نوعان : ولاء عتاقه وولاء الموالاة وفي النوعين من الولاء يرث الأعلى من الأسفل - البحر الرائق (٥٥٧/٨) .

(٣) في (ن) : [بالنسب] .

(٤) انظر : بدائع الصنائع (٢١٩/٣) .

(٥) في (ع) : [بقي] .

(٦) انظر : بدائع الصنائع (٢٤٦/٢١٦/٣) .

(٧) انظر : بدائع الصنائع (٢١٧/٣) .

(٨) انظر : فتح القدير (١٤٦/٤) ، بدائع الصنائع (٢١٩/٣) .

(٩) إذا قال لها : أنت طالق فهذا من ألفاظ الطلاق الصريح ، فإذا مات وهي في العدة ورثت منه بلا خلاف ، سواء كان الطلاق في حال الصحة أو كان في حال المرض ؛ لأن الطلاق الرجعي منه لا يزيل النكاح ، فكانت الزوجية بعد الطلاق قل انقضاءالعدة قائمة من كل وجه . والنكاح القائم من كل وجه سبب لاستحقاق الإرث من الجانبين انظر : بدائع الصنائع (٢١٨/٣) .

(١٠) رذا قال لها أنت بائن فهذا من ألفاظ الطلاق البائن ، فإذا مات وهي في العدة ، وكان ذلك في حال =

٢٣٩١٣ - ولا يلزم إذا سألته الطلاق ، لأنها أسقطت حقها [١] ، ولأنها معتدة من نكاح صحيح ، فجاز أنت ترث بوفاة الزوج ، كالمطلقة الرجعية [٢] وهذه المسألة مبنية على أن حق الورثة متعلق بمال المريض حال مرضه ، وقد دللنا عليه في كتاب الإقرار بامتناع تبرعه في ماله [٣] والحق إذا تعلق بملك المريض ، وليس ببدل غير البضع ، لم يملك إسقاطه بقوله [٤] .

٢٣٩١٤ - أصله : الرهن ، والسكنى [٥] .

٢٣٩١٥ - فإن قيل : لو تعلق حقهم بالمال ، لم يملك المريض ، وطء الجارية ، والإنفاق على نفسه ، ولا البيع ، ولم تجب الزكاة عليه .

٢٣٩١٦ - قلنا : المأذونة يتعلق بها الدين ، ويملك مولاها الوطء [٦] ، فأما الإنفاق [٧] فإنه يملك للحاجة ، كما ينفق مال الصبي ، ومال الغير ، ولأن [٨] حق الورثة في معنى المال ، والبيع هنا [٩] يسقط هذا المعنى ، وأما وجوب الزكاة فلأنها تجب في الدين بعد الحول [١٠] ، وقد كان ملكا بغير حلول الحول .

٢٣٩١٧ - احتجوا : بقوله تعالى ﴿وَلَهُنَّ ٱلرُّبُعُ مِمَّا تَرَكۡتُمۡ ﴾ [١١] فأثبت الربع للزوجات [١٢] .

٢٣٩١٨ - قلنا : هذا يدل على ثبوت الربع للزوجة ، ولا ينفي ثبوته لغيرها ، وتعلق

= المرض ، وكان بغير رضاها ، ورثت منه ، لأن سبب استحقاق الإرث وجد ، وهو وقت مرض الموت ، مع شرائط الاستحقاق فتستحق الإرث . انظر : بدائع الصنائع (٢١٩/٢١٨/٣) .

(١) انظر : المبسوط (١٥٦/٦) .

(٢) انظر : بدائع الصنائع (٢١٨/٣) ، فتح القدير (١٤٧/٤) ، تبيين الحقائق (٢٤٦/٢) .

(٣) انظر : التجريد ورقة ٤٢٢ .

(٤) في (ع) : [وقوله] .

(٥) انظر : بدائع الصنائع (٢١١/٣) .

(٦) انظر : الهداية (٧/٤) .

(٧) في (ع) : [للإنفاق] .

(٨) في (ع) : [فلأن] .

(٩) في (ع) : [ههنا] .

(١٠) من كان له دين على آخر فإن كان على مقر - سواء كان مليئًا أو معسرًا - وحال عليه الحول ، ثم قبضه بعد ذلك ، فإن أبا حنيفة وأبا يوسف قالا يزكيها لما مضى ، وقال محمد بن الحسن : ليس عليه أن يزكيها ، وأما إن كان الدين على جاحد فلا زكاة عليه فيه ، وإن قبضه بعد ذلك فلا زكاة عليه لما مضى من الوقت الذي كان مجحودا فيه ، خلافا لزفر . انظر : مختصر الطحاوي ص ٥١ . الهداية (٩٧/١) ، وتحفة الفقهاء (٤٦٠/١) .

(١١) سورة النساء : الآية ١٣ .

(١٢) انظر : الحاوي ورقة ٩٢ .

الحكم بالاسم لا يدل على نفي [١] ماعداه .

٢٣٩١٩ – فإن قيل : إذا طلق أربع زوجات ، وتزوج أربعا ، فالظاهر يقتضي ثبوت الميراث للأواخر ، وعندكم لا يرثن .

٢٣٩٢٠ – قلنا : إذا تزوجهن في عدة الأوائل فنكاحهن باطل [٢] ، ولا نسلم أنهن زوجات ، ولأن قوله تعالى : ﴿ وَلَهُنَّ ٱلرُّبُعُ ﴾ [٣] تقدير للزوجات الربع ، وهذه مبنية بالزوجية ، والعرب تبعض [٤] بأدنى ملابسة ألا ترى إلى قولهم :

إذا كوكب الخرقاء لاح بسحرة سهيل أذاعت غزلها في القرائب [٥]

٢٣٩٢١ – والمعتدَّة لها ملابسة بالزوج فيجوز أن تضاف إلى الزوجية ، فتستحق الميراث بالعموم .

٢٣٩٢٢ – وقد قال أصحابنا : إن النساء [٦] اللاتي كن صويحبات [٧] الربع لا تستحققن الميراث بعد زوال الزوجية ، وهذه كانت زوجة .

٢٣٩٢٣ – فإن قيل : معناه التي كانت زوجة إلى حين الموت .

٢٣٩٢٤ – قلنا : أضمرتم ما ذكرناه وزيادة واللفظ إذا استعمل بالإضمار لم يجز الزيادة عليه .

٢٣٩٢٥ – قالوا : فرقة [٨] تقطع [٩] إرثه منها ، فوجب أن تقطع إرثها منه ، كما لو أبانها في حال الصحة [١٠] .

٢٣٩٢٦ – قلنا : تبطل بموت الزوج . فإنه موجب فرقة تقطع إرثه منها ، ولا تقطع [١١] إرثها منه ، ولأن الزوج لما اكتسب سبب الفرقة ، جاز أن يسقط [١٢] إرثه

---

(١) ساقطة من (ص) .
(٢) انظر : الصنائع (٢٦٣/٢) الاختيار (١٥/٣) .
(٣) سورة النساء : الآية ١٣ .
(٤) في (ن) : [تنغص] .
(٥) البيت هكذا في (م) ، (ن) ، (ع) . وصحة البيت :
إذا كوكب الخرقاء لاح بسحره حمل أساعت فطنها في الأقارب
(٦) في (ص) : [المرأة] .
(٧) في (ص) : [زوجات] .
(٨) ساقطة من (ن) .
(٩) في (ن) : [بقطع] .
(١٠) انظر : المهذب (٢٥/٢) ، النكت ورقة ٢٢٣ . المجموع (٦٣/١٦) .
(١١) انظر : فتح القدير (١٤٧/٤) . العناية (١٤٧/٤) .
(١٢) في (ن) : [سقط] .

وإن لم يسقط إرثها ، كما لو جرحها . فلو مات بعد الجراحة ورثت ، وإن ماتت [١] لم يرثها . ثم الأصل غير مسلم ، لأن الفرقة تحصل في حال الصحة فيتعلق بها الإرث إذا ارتد الزوج في صحته ، ورثت منه [٢] .

٢٣٩٢٧ - والمعنى في حال المرض أنه لا يملك إسقاط حقها عن جميع ماله بالهبة ، والصداقة [٣] فلم يملك ذلك بالطلاق [٤] .

٢٣٩٢٨ - فإن قيل : إنه يملك في المرض إسقاط حقها عن جميع ماله بأن يقر للأجنبي [٥] .

٢٣٩٢٩ - قلنا : إقراره يبين أنه لم يكن حقها تعلق به ، فأما أن يسقط به حقها فلا .

٢٣٩٣٠ - قالوا : إرث ينقطع بالفرقة في حال الصحة ، فيسقط الإرث في حال المرض قياسا عليه .

٢٣٩٣١ - قلنا : أما إرثه منها فلأنه رضي بالإسقاط حين اكتسب البينونة بفعله ، وهي لم ترض بإسقاط حقها فلا يسقط ، وصار نظير مسألتنا أن ترتد [٦] حال مرضها ، فيرث منها [٧] ، ولا ترث منه لِمَا اكتسِب بسبب الفرقة [٨] .

٢٣٩٣٢ - فإن قيل : الميراث لا يسقط [٩] بالرضى ، بدلالة غير الزوجة ، لو رضي بإسقاط حقه من الإرث لم يقسط .

---

(١) في (ن) : [مات] .

(٢) انظر : بدائع الصنائع (٢٢٠/٣) . البحر الرائق (٤٨/٤) .

(٣) الصدقة هي : « العطية » يقال تصدق على المساكين : أي أعطاهم الصدقة ، وهي العطية التي بها يبتغي المثوبة من اللّٰه تعالى . انظر : المغرب ٢٦٤ ، مختار الصحاح - باب الصتد ٣٨٣ .

(٤)انظر : بدائع الصنائع (٢١٩/٣) .

(٥) أي أن إقرار المريض عند المخالف يقبل إذا أقر بالمال للأجنبي ، لأنه غير متهم في حقه حتى وإن أقر بجميع ماله ، وهو بهذا يكون مسقطا لحقها في الإرث . انظر : المهذب (٣٤٤/٢) .

(٦) في (ع) : [تريد] .

(٧) القياس فيما إذا ارتدت في مرضها ثم ماتت في العدة أن لا يرثها زوجها ، وإنما يرثها استحسانًا . وجه القياس أن الفرقة لم تقع بفعلها لأن فعلها الردة والفرقة لا تقع بها ، وإنما تقع باختلاف الدينين ولا صنع لها في ذلك فلم يوجد منها في مرضها إبطال حق الزوج عليها فلا يرث منها ، وجه الاستحسان أن الردة من أسباب الفرقة وقد حصلت منها في حال تعلق حقه بالإرث ، وهو مرض موتها فيرث منها . انظر : بدائع الصنائع (٢٢٠/٣) .

(٨) انظر : بدائع الصنائع (٢٢٠/٣) . (٩) في (ن) : [سقط] .

٢٣٩٣٣ – قلنا : لأن السبب الذي به يرث لا يصح إبطاله بالرضى ، وسَقْط الإرث مع بقاء سببه لا يصح ، والزوجية يصح رفعها ، فكذلك اختلف الميراث بالرضا وغيره . وصار « نظير [١] مسألتنا أن يقر [٢] أحد [٣] الوارثين بجميع ماله في مرضه ، فيصدقه الوارث الآخر [٤] .

٢٣٩٣٤ – قالوا : كل فرقة قطعت الميراث حال الصحة قطعته حال المرض ، كما لو لاعنها ، أو طلقها بمسألتها [٥] .

٢٣٩٣٥ – قلنا : أما المعلق فغير مسلم ، لأن عند أبي حنيفة وأبي يوسف إذا لاعن حال المرض ترث ، سواء قذفها [٦] حال الصحة ، أو حال المرض [٧] وقال محمد : إن حصل القذف في المرض ورثت ، وإن كان في حال الصحة [٨] لم ترث [٩] . فأما إذا طلقها بمسألتها فقد رضيت بإسقاط حقها [١٠] ، وحق الوارث يجوز [١١] أن يسقط عن مال المريض بفعله ، وإن كان لا يسقط بفعل المريض : كما لو أقر أن عنده حق فصدقه ، أو أقر لوارثه بجميع ماله فصدقه [١٢] .

٢٣٩٣٦ – قالوا : خصائص النكاح ارتفعت بينهما من الإيلاء والظهار ، واللعان ، وعدة الوفاة ، فكذلك الميراث . وتحريره أنه حكم يختص بالنكاح ، فوجب أن ينقطع بالبينونة [١٣] حال المرض [١٤] .

٢٣٩٣٧ – قلنا : خصائص النكاح لم تزل ، لأن العلة واحدة والسكنى ، والنفقة ، والمختلعة [١٥] يلحقها طلاق عندنا لأن المختلعة يلحقها الطلاق .

---

(١) في (ن) : [نظير] .
(٢) في (ن) : [يفر] .
(٣) في (ع) : [أحدهما] .
(٤) انظر : مختصر الطحاوي ١١٦ .
(٥) انظر : النكت ورقة ٢٢٣ . المجموع (٦٣/١٦) .
(٦) في (ن) : [قذفها] .
(٧) انظر : فتح القدير (١٥٥/٤) . تبيين الحقائق (٢٥٠/٢) ، البناية (٥٨٨/٤) .
(٨) انظر : المبسوط (١٥٦/٦) .
(٩) ويقول محمد بن الحسن قال زفر .انظر : الجامع الصغير ٢٢٧ ، تحفة الفقهاء (٣٣٤/٣) .
(١٠) انظر : المبسوط (١٥٦/٦) .
(١١) في (ع) : [بجوز] .
(١٢) انظر : مختصر الطحاوي ١١٦ .
(١٣) ساقطة من (ن) .
(١٤) وكذا الزوجة تغسل الزوج ويغسلها ، وهذه لا يغسلها ، وإلى أنه ينكح أختها وأربعًا سواها .انظر : الأم (٢٧١/٥) ، المجموع (٦٣/١٦) .
(١٥) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

٢٣٩٣٨ - قالوا : كيف يتصور هذا في المختلعة ، وهي لا ترث [1] باتفاقٍ عندنا للبينونة ، وعندكم ، لأنها سألت الطلاق [2] .

٢٣٩٣٩ - قلنا : إذا قبل الخلع أجنبي ، وأعطى العوض فإنها ترث [3] عندنا [4] .

٢٣٩٤٠ - فإن قيل : العدة ليست من خصائص النكاح ، لأنها تثبت / بالنكاح وغيره .

٢٣٩٤١ - قالوا : الميراث مستحق يثبت لزوجته أولا [5] .

٢٣٩٤٢ - قلنا : وقسم آخر عندنا ، وهو بقاء العدة عند الموت من طلاق يلحقه عند التهمة .

٢٣٩٤٣ - فإن قيل : الأسباب [6] التي يتوارث بها يلزم بقاؤها إلى حين الموت .

٢٣٩٤٤ - قلنا : ملك الأسباب يتصور بقاؤها بعد الوفاة ، فإذا زالت قبل الوفاة لم يستحق بها ، وهذا السبب لا يتصور بقاؤه بعد الوفاة ، وإنما تبقى غايته وهي العدة ، فيرث معها ، فجاز أن يكون بقاؤها إلى حين الموت ، ويستحق فيه الإرث ، كما يستحق ببقاء تلك الأسباب .

٢٣٩٤٥ - قالوا : عندكم إذا وطئها ابن زوجها في مرضها ورث منها ، فتقول : بانت منه في حال مرضها ، فلم ترث منه ، كما لو أعتقت تحت عبد [7] فاختارت فأعتق .

٢٣٩٤٦ - قلنا : هناك لا تهمة تلحقها في الاختيار ، لأن الفرقة ، ليست ظاهرة [8] والشرع جعل لها استدراك حقها به ، فلم تحمل الفرقة على قصد إسقاط حقه به ، وفي مسألتنا هي متهمة أن تكون قصدت [9] الفرقة ليسقط حقه من إرثها فلم يسقط [10] .

---

(١) في (ن) : [يرث] .

(٢) أي أنه محل اتفاق بين الحنفية والشافعية أن المختلعة لا ترث منه إذا أبانها في حال مرضه ، لانها سألت الطلاق . انظر : النكت ورقة ٢٢٣ ، المبسوط (٦/١٥٦) .

(٣) في (ن) : [يرث] .

(٤) إذا خلعها أجنبي من زوجها المريض - مرض الموت - فلها الإرث لو مات الزوج في مرضه ذلك إذا ضمن الأجنبي العوض ومات زوجها وهي في العدة لأنها لم ترض بهذا الطلاق فيصير الزوج فارًّا . انظر : البحر الرائق (٤/٤٨) .

(٥) انظر : الحاوي الكبير - ورقة ٩٢ .

(٦) في (ن) : [الإثبات] .

(٧) في (ن) : [عند] .

(٨) في (ع) : [طاهرة] .

(٩) في (ن) : [قصده] .

(١٠) إذا كانت البينونة من قبل المرأة ، كما إذا قبلت ابن زوجها أو أباه بشهوة طائعة أو مكرهة ، أو اختارت =

٢٣٩٤٧ – ولأن من أصحابنا من سلك في هذه المسألة طريقة أخرى ، وقال : الطلاق الثلاث ، والبائن منهي منه [١] عندنا . فمتى فعل أيا منها لم يسقط إرثه كالردة [٢] . فعلى هذا اختيار [٣] نفسها ليس بفعل منهي عنه ، بل يمنع من سقوط إرثه [٤] .

٢٣٩٤٨ – فإن قيل : الزوج ملك في حال مرضه أن يتزوج ثلاثا سواها فينقل [٥] حقها من الربع إلى ربع الربع ، كذلك يملك إسقاط حقها من الجميع .

٢٣٩٤٩ – قلنا : يملك أن يزاحم الورثة ، عن بعض حقهم ، وإن لم يكن يملك إسقاط حقهم . ألا ترى أنه لو أوصى بالثلث جاز ، وإن نقص حقُّ الورثة بالوصية ، فلو وصى بجميعها لم يجز إسقاط حقهم [٦] .

٢٣٩٥٠ – قالوا : لو ثبت حقها ، لأجل الفرار ، لم يسقط بانقضاء العدة [٧] .

٢٣٩٥١ – قلنا : سقط ، فلو طلقها طلاقا رجعيا لم يسقط حقها عن الميراث باتفاق [٨] ، وإن انضم إلى ذلك انقضاء العدة سقط حقها [٩] ، ولأن عدتها إذا انقضت حلت للأزواج ، فلو ورثت من الأول استحقت ميراثا آخر ، والمرأة لا تستحق [١٠] « ميراث زوجين [١١] » في حالة واحدة [١٢] .

* * *

= نفسها في خيار الإدراك أو العتاق أو عدم الكفاءة فإن كان ذلك في حال الصحة فإنهما لا يتوارثان بالإجماع ، وإن كان في حال مرضها وماتت قبل انقضاء العدة ورث الزوج منها ، لأن سبب الفرقة منها ، وقد وجد سبب الاستحقاق في حقه ، وهو النكاح في وقت الاستحقاق وهو مرض موتها ولوجود سبب إبطال حقه منها في حال المرض . بدائع الصنائع (٣/٢٢٠) .

(١) ساقطة (م) ، (ن) ، (ع) .

(٢) انظر : بدائع الصنائع (٣/٢٢٠) .

(٣) في (ن) : [احتيار] .

(٤) انظر : بدائع الصنائع (٣/٢٢٠) .

(٥) في (ع) : [انتقل] .

(٦) انظر : تحفة الفقهاء (٣/٣٤١ ٣٤٢) ، الهداية (٤/٢٣٢) ، نتائج الأفكار (١٠/٤١٥) .

(٧) انظر : الحاوي الكبير ورقة ٩٢ .

(٨) انظر : فتح القدير (٤/١٤٥) ، المجموع (١٦،٦٣) .

(٩) انظر : الهداية (٢/٣) البحر الرائق (٤/٤٦) . تبيين الحقائق (٢/٢٤٥/٢٤٦) . رد المحتار (٢/٥٢٣) .

(١٠) في (ن) [يستحق] .

(١١) في (ن) [زوجين] .

(١٢) انظر : المبسوط (٦/١٥٦) ، الشرح الكبير (٧/١٨٣) .

إذا انقضت عدة المبتوتة لم ترث

٢٣٩٥٢ - قال أصحابنا : إذا انقضت عدة المبتوتة ، لم ترث [١] .

٢٣٩٥٣ - وقال الشافعي : - [في أحد] [٢] قوليه - : ترث ما لم تتزوج [٣] ، وهو قول مالك [٤] .

٢٣٩٥٤ - لنا : أنه ليس بينهما نكاح ، ولا حكم من أحكام النكاح ، فوجب أن لا ترث منه بالزوجية كسائر الزوجات [٥] .

٢٣٩٥٥ - ولأنه يجوز له تزويج أختها وأربع سواها ، كما لو تزوجت ، ولأنها حلَّت للأزواج ، فلم ترث بالزوجية ، كالأجنبية [٦] .

٢٣٩٥٦ - احتجوا : بأن حقها ثابت ولم يوجد منها ما يدل على إسقاط حقها كما لو [٧] لم تنقض عدتها [٨] .

٢٣٩٥٧ - الجواب : أنه إذا لم تنقض العدة فحقوق النكاح باقية ، فجاز أن ترثه ، ومتى انقضت ، فلم يبق نكاح ، ولا حق من حقوقه ، فلم ترث بالنكاح .

* * *

---

(١) في (ن) : [يرث] . انظر : مختصر الطحاوي ٢٠٣ ، الهداية (٣/٢) فتح القدير (١٤٥/٤) ، رد المحتار (٥٢٣/٢) . اللباب (٥٢/٣) وهو رواية عن أحمد - المبدع (٢٤٢/٦) . الكافي (٥٦١/٢) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط (م) ، (ن) ، (ع) .

(٣) وهو : المشهور من مذهب الإمام أحمد . انظر : المهذب (٢٥/٢) روضة الطالبين (٧٣،٧٢/٨) ، المجموع (١٦ /٦٤) ، الشرح (١٨٢/٧) المغني (٣٧٣/٦) ، الكافي (٥٦١/٢) .

(٤) ما عليه مذهب الإمام مالك خلاف هذا ، قال في بداية المجتهد : وقال قوم بل ترث - كانت في العدة أو لم تكن ، تزوجت أو لم تتزوج . وهو مذهب مالك . انظر : بداية المجتهد (٧٠/٢) أسهل المدارك (١٥٣/٢) .

(٥) انظر : الكافي (٥٦١/٢) .

(٦) انظر : المبدع (٢٤٢/٦) ، المغني ٢١٩٧ ، المغني ، الشرح الكبير (١٨٢/٧) .

(٧) ساقطة (م) ، (ن) ، (ع) . (٨) انظر : المجموع (٦٤/١٦) .

مسألة ١١٥٧

إذا انقضت عدة المبتوتة وتزوجت لم ترث

٢٣٩٥٨ - قال أصحابنا : إذا انقضت عدة المبتوتة وتزوجت ، لم ترث (١) .

٢٣٩٥٩ - وقال الشافعي : في قول آخر « ترث » (٢) - وإن تزوجت - (٣) .

٢٣٩٦٠ - لنا : أنه « وجد (٤) » من حقها ما يدل على الإعراض عن الزوج الأول ، فوجب أن لا « ترث » (٥) منه ، كما لو سألته الطلاق فطلقها (٦) .

٢٣٩٦١ - ولأنه ليس بينهما نكاح ، ولا « حكم (٧) » من أحكامه ، فلم « ترث (٨) » بالزوجية كالأجنبية (٩) .

٢٣٩٦٢ - ولأنا لو (١٠) قلنا بأنها « ترث » (١١) ، وإن تزوجت ، أدى ذلك أن ترث امرأة واحدة من أزواج كثيرة في حالة واحدة ، وهذا مستقبح (١٢) .

٢٣٩٦٣ - احتجوا : بأن حقها ثابت ، وتزوجها حق مباح ، فلا يسقط حقها (١٣) .

٢٣٩٦٤ - والجواب : أنه سقط سؤال الطلاق .

* * *

(١) وبه قال الإمام أحمد . انظر : المبسوط (١٥٦/٦) ، فتح القدير (١٤٥/٤) ، المبدع (٢٤٢/٦) ، الشرح الكبير (١٨٢/٧) .

(٢) في (ن) : [يرث] .

(٣) وهو قول الإمام مالك . انظر : بداية المجتهد (٧٠/٢) ، جواهر الإكليل (٣٣٣/١) ، المهذب (٢٥/٢) المجموع (٥٦/١٦) .

(٤) في (ع) : [وحد] .

(٥) في (ن) : [يرث] .

(٦) انظر : المبسوط (١٥٦/٦) ، الشرح الكبير (١٨٣/٧) .

(٧) في (ع) : [حلم] .

(٨) في (ن) : [يرث] .

(٩) انظر : المغني (٢١٩/٧) ، الشرح الكبير (١٨٣/٧) .

(١٠) ساقطة (م) ، (ن) ، (ع) .

(١١) في (ن) : [يرث] .

(١٢) انظر : المبسوط (١٥٦/٦) ، المغني (٢١٩/٧) ، الشرح الكبير (١٨٢/٧) .

(١٣) انظر : المهذب (٢٥/٢) ، المجموع (٦٤/١٦) .

مسألة ١١٥٨

ما يهدم الزوج الثاني من الطلاق وما لا يهدم

٢٣٩٦٥ - قال أبو حنيفة وأبو يوسف : الزواج الثاني يهدم ما دون الثلاث ، فإذا عادت إلى الأول ، عادت بثلاث تطليقات [1]

٢٣٩٦٦ - وقال محمد : تعود بما بقي من طلاقها .

٢٣٩٦٧ - وبه قال الشافعي [2] .

٢٣٩٦٨ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ ﴾ [3] . دلالة ظاهره [4] يقتضي أن كل زوج يملك الرجعية . ويدل عليه قوله عليه الصلاة والسلام : كل طلاق جائز إلا طلاق الصبي والمعتوه ، [5] وقال : الطلاق لمن أخذ بالساق [6] ، وقال طلاق الأمة تطليقتان [7] ، وعدتها حيضتان [8] ، ظاهره يقتضي أنه إذا طلق الأمة ، ثم تزوجها بعد زوج ، ملك تطليقتين [9] ، ولأنه ....

(١) وهو : رواية عن الإمام أحمد . انظر : مختصر الطحاوي (٢٠٢، ٢٠٣) ، المبسوط (٩٥/٦) ، البحر الرائق (٦٢/٤١) ، بدائع الصنائع (١٢٦/٣، ١٢٧) ، اللباب (٥٩/٣) ، المغني ، (٤٤٢/٨) ، الكافي (٨٦١/٢) .

(٢) وبه قال الإمام مالك وهو راوية عن الإمام أحمد وهي الأظهر انظر الكافي (٨٥٣/٢) ، التفريع (٧٨/٢) ، الأم (٢٦٦/٥، ٢٦٧) ، مختصر المزني (٢٩٩/٨) المهذب (١٠٥/٢٢) ، المبسوط (٩٥/٦) ، المغني (٤٤٢/٨) ، الكافي (٨٦١/٢) .

(٣) سورة البقرة : الآية ٢٢٨ .

(٤) في (ع) : [وظاهره] .

(٥) استدلال المصنف يرد عليه أن الحديث ضعيف ، لأن فيه عطاء بن عجلان وهو ضعيف . انظر : سنن الترمذي (٤٩٦/٣) .

(٦) الاستدلال بهذا الحديث لا يصح ، لأن في إسناده ابن لهيعة وهو ضعيف . التعليق (٧/٤) .

(٧) في (ع) : [تطليقان] .

(٨) أخرجه أبو داود في سننه ، باب طلاق العبد (٦٩٣/٢، ٦٤٠) والترمذي في سننه (٤٨٨/٣) ، والدارقطني في سننه ، كتاب الطلاق والخلع (٣٨/٤، ٣٩، ٤٠) والحاكم في المستدرك كتاب الطلاق (٢٠٥/٢) والبيهقي في السنن الكبرى ، باب ما جاء في طلاق العبد (١٥٧/٢) ، من حديث عبد الله بن عمر . قال البيهقي عمرو بن شعيب الكوفي هكذا مرفوعًا وكان ضعيفًا

(٩) استدلال المصنف بهذا الحديث يرد عليه أن الحديث ضعيف . قال أبو داود : هذا حديث مجهول . وقال الترمذي : حديث عائشة حديث غريب ، لا نعرفه إلا من حديث مظاهر بن أسلم ، ومظاهر لا نعرف له غير هذا . وقال أحمد : هذا حديث لا يعرف إلا من حديث مظاهر ، ولا يعرف له رواية سواه . وقال يحيى بن معين : =

وطئها [١] زوج ثان ، فوجب أن يرفع الحكم المتعلق بالطلاق . أصله : إذا كان الطلاق ثلاثًا [٢] .

٢٣٩٦٩ - ولا يقال : إن الوطء لا يرفع حكم الطلاق ، بدلالة أنه لو ارتفع عادت زوجته ، وإنما يعمل في إباحة العقد ، ومادون الثلاث لا يحرم العقد ، ولا يعمل فيه وطء الزوج الثاني ، وذلك لأن زوال الملك والتحريم ليس هو من أحكام الطلاق ، وإنما يتعلق بانقضاء العدة ، أو باستيفائها .

٢٣٩٧٠ - وقولهم : « كان يجب أن تعود [٣] زوجته [٤] ليس بصحيح ، لأن الوطء يؤثر في الطلاق الثلاث ، ثم لا يجب أن تعود زوجته ، بل نأمره أن يلحقها بالأجنبيات حتى يجوز [٥] تزويجها ، فيملك منها كمال الطلاق .

٢٣٩٧١ - و[٦] في مسألتنا يؤثر في الطلاق ، حتى يلحقها بالأجنبي ، فيملك منها إذا تزوجها ثلاث تطليقات . وقولهم : إن وطء الزوج يعمل في الإباحة خاصة [٧] ليس بصحيح ، لأنه يلحقها بالأجنبيات ، وهذا يقتضي أمرًا زائدًا على الإباحة .

٢٣٩٧٢ - ألا ترى أنه يملك منها ثلاث تطليقات ، وهذه يملك منها دون ذلك ، ولو عمل في الإباحة خاصة ، لم يجز أن يملك منها الثلاث [٨] .

٢٣٩٧٣ - ولأن كل وطء جاز أن يؤثر في كمال العدد ، جاز أن يوجب الحد الناقص [٩] في العبد ، ولأنها فارقت الأجنبيات بالطلاق ، بدلالة أنه يجوز أن يتزوجها ، و[١٠] الأجنبية إذا تزوجها يملك منها ثلاث تطليقات ، وهذه يملك منها دون ذلك

= مظاهر ليس بشيء مع أنه لا يعرف . انظر : سنن أبي داود (٦٣٩/٢/٦٤٠) سنن الترمذي (٤٨٨/٣) ، العلل المتناهية (١٥٧/٢) .

(١) في (ع) : [وطهره] .

(٢) رد الشيرازي هذا فقال : هناك استوفى في العدد فوجب الاستئناف ، وههنا لم يستوف العدد فوجب البناء . ولأن هناك لا يبنى على ما مضى في اليمين ، فلم يبن في عدد الطلاق ، وهاهنا يبنى في اليمين فيبنى في الطلاق . انظر : النكت ورقة ٢٢٢ .

(٣) في (ع) : [يعود] .

(٤) انظر : المبسوط (٩٦/٦) .

(٥) في (ع) : [يحوز] .

(٦) ساقطة (م) ، (ن) ، (ع) .

(٧) انظر : المبسوط (٩٥/٦) بدائع الصنائع (١٢٧/٣) .

(٨) انظر : المبسوط (٩٥/٦) بدائع الصنائع (١٢٧/٣) .

(٩) في (ع) : [ناقص] .

(١٠) ساقطة من (ع) .

فوجب أن يلحقها وطء الزوج الثاني بالأجنبيات كالمطلقة ثلاثًا [١] .

٢٣٩٧٤ - ولأن التطليقة الواحدة تكمل بانضمامها [٢] » إلى غيرها ، فأثر وطء الزوج الثاني في حكمها كالثالثة : ولأن حكم المتعلق بالثلاث أغلظ [٣] من حكم ما دونها ، فإذا كان لوطء الزوج الثاني تأثير في أغلظ [٤] الأمرين ، فأولى أن يؤثر فيما دونه .

٢٣٩٧٥ - ولأن وطء الزوج الثاني إما أن يؤثر في العدد دون التحريم ، أو في التحريم دون العدد ، أو فيهما ، ولا يجوز أن يؤثر في العدد خاصة ، لأنه لو كان كذلك ، لنفى التحريم ولا يجوز أن يؤثر في التحريم خاصة ، لأنه لو كان [٥] كذلك في العدد ثبت أنه [٦] يؤثر فيهما ، فالعدد موجود في مسألتنا ، فوجب أن يؤثر الوطء فيهما ، فإذا ارتفع حكم العدد فيهما ملك العقد ما كان يملك لو تزوجها ابتداء [٧] .

٢٣٩٧٦ - فإن قيل : وطؤه يؤثر في تحريم العقد ، وذلك يتعلق بمجموع الآية ، فإذا ارتفع التحريم ملك بالعقد عليها ثلاث تطليقات ، كالنكاح المبتدأ .

٢٣٩٧٧ - قلنا : لو كان كذلك لوجب أن يرتفع حكم التطليقة الثالثة ، التي بوجودها حرم العقد فلو ارتفع حكم جميع الطلاق ، دل على أنه يؤثر في التحريم العدد .

٢٣٩٧٨ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ ﴾ [٨] ، ثم قال : ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۗ ﴾ [٩] ظاهره يقتضي أنه إذا تزوجها بعد زوج يملك تطليقتين فإن كان قد طلقها قبل ذلك تطليقتين يملك تطليقة [١٠] .

---

(١) انظر : المبسوط (٩٥/٦) .
(٢) في (ن) : [بانظمامها] .
(٣) في (ن) : [أغلط] .
(٤) في (ن) : [أغلط] .
(٥) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .
(٦) في (ع) : [أن] .
(٧) رد الشيرازي هذا بأن الطلاق قول مضى وتلاشى ، فلا يتصور رفعه ، لأنه لو وقع الطلاق لعادت منكوحة كما كانت قبل الطلاق ، وقولهم إن التحريم لا يرتفع مع بقاء موجبه يبطل بنجاسة جلد الميتة فإنها ترتفع بالدباغ مع بقاء موجبه وهو الموت ، وإباحة دم الكافر يرتفع بالأمان مع بقاء موجبها وهو الكفر ، وقولهم إن الطلقة الثانية هي الموجبة للتحريم لا يصح ، بل الطلاق الثلاث يخالف الزنا والإحصان فإن الإحصان ليس بسبب للعقوبة ، فجعل الموجب هو الزنا والطلاق سبب فيتعلق بالجميع ، ثم يبطل أصل الدليل باللعان يرفع الفراش والنسب ، ولا يرتفع النسب وحده ، والقهقهة تبطل الطهارة والصلاة ، ولا تبطل الطهارة وحدها والعاقلة تحمل أرش الموضحة ولا تحمل ما دونها عندهم . انظر : النكت ورقة ٢٢٢ .
(٨) سورة البقرة : الآية ٢٢٩
(٩) سورة البقرة : الآية ٢٣٠ .
(١٠) انظر : الأم (٢٦٧/٥) ، نهاية المحتاج (٤٥٤،٦) ، شرح الزركشي (٤٣٨/٥) ، المبسوط (٩٥/٦) .

٢٣٩٧٩ – قلنا : قوله تعالى : ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا ﴾ [(١)] الفاء للتعقيب [(٢)] يقتضي أنه إذا طلقها عقيب التطليقتين تحرم عليه ، ومتى تزوجت بزوج [(٣)] آخر ، وعادت إلى الأول فطلقها فلم توجد التطليقة الثالثة عقيب التطليقتين ، والآية لا تتضمن ذلك [(٤)] .

٢٣٩٨٠ – قالوا : لا بد لكم من تخصيص [(٥)] أول الآية ، لأن الزوج [(٦)] الذي يملك التطليقتين هو الذي تزوجها ابتداء ، لو تزوجها بعد زوج ، ونحن نستدل بآخر الآية من غير تخصيص [(٧)] ، لأن كل من طلق تطليقتين لم يملك أن يطلق الثالثة إلا بعد زوج [(٨)] .

٢٣٩٨١ – فإن قيل : أول الآية دلالة لكم لأنه [(٩)] يقتضي الإباحة وآخرها دليلنا ، لأنه يقتضي الحظر [(١٠)] .

٢٣٩٨٢ – قلنا : الترجيح يصح إذا تساوى الاستدلال ، وقد بينا أنه لا يصح تعلقهم بآخر الآية ، لأنها تقتضي ارتفاع الثلاث عقيب التطليقتين ، وهذا يتناول ما يحلله وطء الزوج .

٢٣٩٨٣ – قالوا : روى مثل قولنا عن عمر [(١١)] ، وأبي هريرة [(١٢)] وأبي ابن كعب [(١٣)] ، وعمران [(١٤)] ، ....

(١) سورة البقرة : الآية ٢٣٠ .

(٢) في (ن) : [للتعقيب] .

(٣) في (ع) : [يزوج] .

(٤) انظر : بدائع الصنائع (١٢٧/٣)

(٥) في (ن) : [تحصيص] .

(٦) في (ن) : [الزوج] .

(٧) في (ن) : [تحصيص] .

(٨) انظر : الحاوي الكبير ورقة ١٤٦ . الملاحظ أن المصنف ترك الرد على هذا الدليل ولعله لوجاهته .

(٩) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(١٠) أي أن المخالف يستدل بآخر الآية وهو قوله تعالى "فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجًا غيره » وحتى تقتضي حظر النكاح للزوج الأول بعد الثلاث إلى ما بعد زواجها ، وأما من طلق واحدة أو ثنتين فالحرمة لا تثبت قبل الطلقات الثلاث ، فلم يكن الزوج الثاني منهيًا للحرمة بدائع الصنائع (١٢٧/٣) .

(١١) روى ذلك عنه البيهقي في السنن الكبرى باب ما يهدم الزوج من الطلاق وما لا يهدم (٣٦٤/٧) ، وعبد الرزاق في المصنف ، باب النكاح جديد والطلاق جديد (٣٥١/٦) ، وسعيد بن منصور في سننه باب الرجل يطلق المرأة تطليقة أو تطليقتين ، ثم ترجع إليه بعد زوج ، على كم تكون عنده ، ٣٥٤/٣ وابن أبي شيبة في المصنف ، كتاب الطلاق (١٠١/٥، ١٠٢) .

(١٢) روى ذلك عنه عبد الرزاق في المصنف باب النكاح جديد – والطلاق جديد المصنف (٣٥٢/٦) .

(١٣) روى ذلك عنه عبد الرزاق في المصنف – باب النكاح جديد والطلاق جديد – كتاب الطلاق (١٠٢/٥) ، وسعيد بن منصور في سننه ، باب الرجل يطلق امرأته تطليقة . . . .) (٣٥٤/٣) والبيهقي في السنن الكبرى باب ما يهدم الزوج من الطلاق وما لا يهدم (٤٦٥/٧) .

(١٤) روى ذلك عنه عبد الرزاق في المصنف ، باب النكاح (٣٥٢/٦) وابن أبي شيبة في المصنف ، كتاب =

وعلي [(١)] ، ومعاذ [(٢)] ، وزيد بن ثابت [(٣)] ، وعبد الله بن عمر [(٤)] ، ولا مخالف لهم [(٥)] .

٢٣٩٨٤ - قلنا : هذه مسألة خلاف مشهورة بين الصحابة [(٦)] . وروى شعبة [(٧)] ، عن حماد [(٨)] عن سعيد قال : سألت ابن عمر ، وابن عباس عن الزوج الثاني فقالا : لا يهدم النكاح [(٩)] الطلاق [(١٠)] .

= الطلاق (١٠١/٥) وسعيد بن منصور في سننه (٣٥٤/٣) ، والبيهقي في السنن الكبرى ، باب ما يهدم الزوج من الطلاق وما لا يهدم (٣٦٥/٧) .

(١) روى ذلك عنه ابن أبي شيبة في المصنف كتاب الطلاق (١٠٢/٥) ، وسعيد بن منصور في سننه ، باب الرجل يطلق المرأة تطليقة أو تطليقتين فتتزوج ثم ترجع إليه بعد زوج على كم تكون عنده ، (٣٥٣/٣) ، والبيهقي في السنن الكبرى ، باب ما يهدم الزوج من الطلاق وما لا يهدم ٣٦٥ .

(٢) روى ذلك عنه ابن أبي شيبة في المصنف عن عمرو بن شعيب ، قال : قضى عمر ومعاذ وزيد بن ثابت وأبي وعبد الله بن عمر أنها على ما بقي من طلاقها (١٠٢/٥) .

(٣) روى ذلك عنه ابن أبي شيبة في المصنف عن عمرو بن شعيب قال قضى عمر ومعاذ وزيد بن ثابت وأبي وعبد الله بن عمر أنها على ما بقي من طلاقها ، المصنف ، كتاب الطلاق (١٠٢/٥) .

(٤) روى ذلك عنه ابن أبي شيبة في المصنف كتاب الطلاق (١٠٢/٥) .

(٥) انظر : مختصر المزني (٢٩٩/٨) ، مغني المحتاج (٢٩٣/٣) ، المجموع (٢٨٧/١٧) ، الشرح الكبير (٤٨١/٨) ، المبدع (٣٩٦/٧) .

(٦) روى عن علي وعمر وأبي بن كعب وعمران بن حصين وأبو هريرة وزيد بن ثابت ومعاذ وعبد الله بن عمرو بن العاص قال : هي عنده على ما بقي من طلاقها ، وروى عن ابن عباس وابن عمر : أنها إذا رجعت إليه فهي عنده على ثلاث تطليقات . انظر : اختلاف العلماء للإمام محمد بن نصر المروزي ص١٣٥ ، الإشراف على مذاهب العلماء لابن المنذر (٢٠٢/٤،٢٠٣) ، المبسوط (٩٥/٦) .

(٧) شعبة بن الحجاج بن الورد حدَّث عن أنس ، وابن سيرين وسلمة بن كهيل وقتادة وغيرهم ، وروي عنه سفيان الثوري ومطر الوراق وأبو اسحاق الفزاري وابن إسحاق وغيرهم . قال سفيان الثوري : شعبة أمير المؤمنين في الحديث مات بالبصرة سنة (١٦٠ ه) انظر : التاريخ الكبير (٢٤٤/٢،٢٤٥) ، الثقات لابن حبان (٤٢٧/٦) ، تهذيب التهذيب (٣٣٨٣٤٦/٤) ، تذكرة الحفاظ (١٩٣/١) .

(٨) حماد بن أبي سليمان الكوفي ، روى عن أنس وزيد بن وهب وسعيد بن جبير والشعبي وإبراهيم النخعي ، وروى عنه منصور ومطرف وشعبة والثوري وغيرهم . قال الذهبي : ثقة . مات سنة ١٢٠ ه انظر : الجرح والتعديل (١٤٦١٤٨/٣) ، الكاشف (١٨٨/١) ، الثقات (١٥٩/٤،١٦٠) ، تهذيب الكمال (٢٦٩/٧،٢٧٠) ، خلاصة تهذيب الكمال ٢٥٢/١ .

(٩) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(١٠) روى ذلك عنهما عبد الرزاق في المصنف عن ابن عباس وابن عمرو قالا : لا يهدم النكاح الطلاق - المصنف (٣٥٢/٦) ، باب النكاح جديد والطلاق جديد وابن أبي شيبة في المصنف ، كتاب الطلاق ، من قال هي عنده على طلاق جديد (١٠٢/٥،١٠٣) . وقد رد الزركشي هذا بأن أقوال الصحابة إذا اختلفت كانت كدليلين متعارضين وإذًا يصار إلى الترجيح ولا شك أن قول الأولين أرجح . شرح الزركشي (٤٤٠/٥) .

٢٣٩٨٥ – وقولهم : إن هذا يحتمل أن يكون في المطلقة ثلاثًا [١] .

٢٣٩٨٦ – قلنا : لا يصح ، لأن ذلك ذكر في الخبر أن عمران بن الحصين سئل عن ذلك فقال : هي على ما بقي . وسئل ابن عباس وابن عمر فقالا : هي على الثلاث ، والطلاق لا يتناول كيفية إذا نصوا على موضع الطلاق ، لأن وطء الزوج الثاني لا يحتاج إليه في إباحته للزوج [٢] الأول ، فلا يرتفع حكم الطلاق . أصله : وطء المولى ، ووطء الزوج الثالث [٣] .

٢٣٩٨٧ – قلنا : الوطء غير مسلم ، لأن وطء الزوج الثاني ، وإن لم يحتج إليه / في الإباحة ، في مستقبل النكاح ، احتيج إليه في الإباحة في إيجاز [٤] النكاح ، لأنه إذا تزوجها قبل زوج ، وطلقها بعد الطلاق حرمت عليه ، وإن عادت بعد زوج وطلقها ذلك الزوج [٥] لا بعد طلاق لم تحرم ، فإذًا وطء الزوج يحتاج إليه في الإباحة عندنا .

٢٣٩٨٨ – ثم لا يمتنع أن يكون الشيء لا يحتاج إليه في إثبات الحق ، وإذا وجد تعلق بوجوده الحكم المتعلق ، [به كما لو شهد الشهود] [٦] بشهادة ، حتى لو رجع الشهود [٧] وجب عليهم الضمان [٨] ، والزيادة على ضمان [٩] السرقة ، لا يحتاج إليه في وجوب القطع ، وإذا وجد تعلق الحكم [١٠] به ، وكذلك عتق الأمة ، لا يحتاج إليه في تحريمها على المطلق ، لأنها تبين باثنتين [١١] ، فإذا أعتقت تعلق التحريم بها ولم تبن[١٢] إلا بالثلاث ، فكذلك على أصلهم حرمة الزوج والمعنى في وطء المولى ، لأنه لا يؤثر في [١٣] الثالثة ، فلم يؤثر فيما دونها . ولما كان وطء الزوج [١٤] يؤثر في الثلاث ، جاز أن يؤثر في حكم ما دونها ، والمعنى في وطء الزوج الثالث أنه تكرار للسبب في رفع

---

(١) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) . أي أن المخالف قد حمل قول ابن عمر ، وابن عباس على ما إذا كان بعد طلاق ثلاث انظر : شرح الزركشي (٤٤٠/٥) .

(٢) في (ن) : [للزوح] .

(٣) انظر : المغني (٤٤٢/٨) ، الشرح الكبير ٤٨١/٨ ، المبدع (٣٩٦/٧) ، شرح الزركشي (٤٣٩/٥) .

(٤) في (ن) : [إعجاز] .

(٥) ساقطة (م) ، (ن) ، (ع) .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط (م) ، (ن) ، (ع) .

(٧) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٨) انظر : الاختيار (٢٦٣/٣) .

(٩) في (ن) : [صمان] .

(١٠) انظر : الاختيار (٢٠٣/٣) .

(١١) في (ع) : [ما تبين] .

(١٢) في (ع) : [تبين] .

(١٣) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(١٤) في (ن) : [الزوح] .

التحريم سبب إذا تكرر ، فلم يؤثر في الثاني ، ولم يدل على أن الأول لا يؤثر .

٢٣٩٨٩ - ألا ترى أن الحدث الثاني لا يؤثر في إيجاب الوضوء [1] ، وإن كان الحدث الأول يؤثر في ذلك

٢٣٩٩٠ - قالوا : مطلقة لم يستوف عدد طلاقها ، فوجب أن تعود إلى زوجها بما بقي من طلاقها

٢٣٩٩١ - أصله : إذا عادت إليه قبل أن يطأها الزوج الثاني [2] .

٢٣٩٩٢ - قلنا : قولكم مطلقة لم يستوف عدد طلاقها يدل على ضعف حكم الطلاق . وقولكم : وجب أن تعود [3] بما بقي يقتضي تغليظ [4] الحكم ، وهذا ضد الوصف . والمعنى فيه إذا عادت قبل زوج أن سبب الإباحة لم يوجد [5] ، وليس كذلك في مسألتنا ؛ لأن سبب الإباحة قد وجد فصار كما لو كانت مطلقة ثلاثًا [6] .

٢٣٩٩٣ - قالوا : وطء الزوج لا يخلو إما أن يرتفع الطلاق أو يرتفع التحريم ، أو يصح العقد . ولا يجوز أن يرفع الطلاق ، لأنه إذا ثبت لم يلحقه الفسخ ، ولا يجوز أن يرفع التحريم ، لأنه لو كان كذلك حل له وطؤها ، فلم يبق إلا أن يؤثر في إباحة العقد ، وهو مباح متى كان الطلاق أقل من ثلاث ، فصار وجوده وعدمه سواء [7] .

٢٣٩٩٤ - قلنا : قولكم إن الوطء لا يرفع الطلاق ، لأنه لا يلحقه الفسخ [8] صحيح إلا أن حكمه يرتفع حتى يملك في العقد الثاني مثله ، بدلالة المطلقة ثلاثًا [9] فما دون الثلاث يزول حكمه ، كما زال حكم الثلاث .

٢٣٩٩٥ - وقولهم : لو ارتفع التحريم حلت للزوج غط ، لأنها بالطلاق الثلاث أسوأ حالًا من الأجنبيات ، فالوطء يرفع التي فارقت الأجنبيات ، فيصير في حكمين ، فيجوز العقد ولا يجوز وطؤها ، ولم تكن إباحة تمليكها موجبة إباحة وطئها ، فلما حل الوطء والعقد دل على أن الوطء أثر في رفع التحريم ، وإزالة حكم الطلاق .

---

(١) في (ن) : [للوضوء] .

(٢) انظر : النكت ورقة ٢٢٢ ، المغني (٤٤٤/٨) ، الشرح الكبير (٤٨١/٨) .

(٣) في (ن) : [يعود] .

(٤) في (ن) : [تغليط] .

(٥) في (ن) : [لا يوجد] .

(٦) ساقطة من (ع) .

(٧) انظر : المبسوط (٩٦/٦) ، الحاوي ورقة ٩٢ .

(٨) في (ع) : [الفسح] .

(٩) في (ع) : [قلنا] .

الاشتباه في محل الطلاق

٢٣٩٩٦ - قال أصحابنا : إذا طلق إحدى امرأتيه بعينها ، ثم اشتبهت عليه ، فالبيان إليه . فإن وطأ إحداهما فالمطلقة الأخرى ، وإن طلق إحداهما بغير عينها ، فوطأ تعين الطلاق في الأخرى [١] .

٢٣٩٩٧ - وقال الشافعي : لا يتعين ، وإن كان الطلاق في غير [٢] معين ففيه وجهان . قال المروزي : تعين [٣] .

٢٣٩٩٨ - [وقال ابن أبي هريرة : لا يتعين] [٤]

٢٣٩٩٩ - لنا : أنه يملك تفريق الملك بقوله ، فيملك ذلك بفعله . أصله : إذا باع بشرط الخيار ثم وطئ [٥] ، ولأنه يملك وطء إحداهما دون الأخرى أولى [٦] ، فالظاهر أنه وطأ من ملك وطئها ، دون من لا يملك وطئها ، وهذا لا يكون إلا بالتعيين فيها بقوله ، فيملكه بفعله . أصله : إذا باع قفيزًا [٧] من صبرة [٨] ، ثم أكلها إلا قفيزًا تعين المبيع في القفيز [٩] ، ولا يلزم إذا أعتق إحدى أمتيه ، ثم وطأ

---

(١) ومحل هذا في الطلاق البائن ، قال في فتح القدير : إذا قال لزوجتيه إحداكما طالق ، ولم يدخل بهما أو دخل ، فقال طالق بائن أو ثلاثًا ، فوطئ إحداهما طلقت الأخرى ، وإنما قيدنا الطلاق بما ذكرنا ، لأنه لو كان رجعيًا لا يكون الوطء بيانًا لطلاق الأخرى ، لحل وطء المطلقة الرجعية . انظر هذه المسألة في المبسوط (١٢٣/٦) بدائع الصنائع (١٤٣/٣) ، فتح القدير (٥٠٠/٤) ، تبيين الحقائق (٨٧/٣) ، العناية (٥٠٠/٤) ، الاختيار (١٤٥/٣،١٤٦) .

(٢) ساقطة من النسخ .

(٣) وهو اختيار المُزني - وهو الصحيح - ، والثاني : لا يعين بالوطء . وهو قول أبي علي بن أبي هريرة انظر : المهذب (١٠٠/٢) ، حلية العلماء (١١٢/٧) ، الوجيز (٦٣/٢) ، نهاية المحتاج (٤٧٥/٦،٤٧٦) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) ومستدرك في الهامش .

(٥) انظر : نهاية المحتاج (٤٧٦/٦) ، المجموع (٢٥١/١٧) .

(٦) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٧) القفيز : مكيال وهو ثمانية مكاكيك والجمع أقفزة ، وقفزان مختار الصحاح - باب القاف ٥٧٢ .

(٨) الصبرة واحدة صبر الطعام يقال اشترى الشيء صبرة أي بلا وزن أو كيل مختار الصحاح باب الصاد ٣٧٨ .

(٩) قال في المبسوط : ولأن ما هو مبني على الضيق - وهو البيع - يصح إيجابه في المجهول ، إذا كان لا يؤدي إلى المنازعة - وهو ما إذا باع قفيزًا من صبرة [ففيها يكون مبنيًا على السعة لأنه يصح إيجابه في المجهول] وهذه الجهالة لا تفضي إلى المنازعة هنا ، لأن الزوج ينفرد بالبيان كما ينفرد بالإيقاع . انظر : المبسوط (١٢٣/٦) .

إحداهما (١) ، لأن الملك تعين بالفعل عندنا إذا علقت منه (٢) .

٢٤٠٠٠ – احتجوا : بأن إحداهما مطلقة فلا يملك بقاءها بالوطء . أصله : إذا طلق إحداهما بعينها ، ثم نسيها (٣) .

٢٤٠٠١ – الجواب : أن الخلاف في المسألتين واحد .

٢٤٠٠٢ – قالوا : المملوك في النكاح لا يملك [بالفعل ابتداء] (٤) ، فتقرير الملك لا يقع بالفعل (٥) .

٢٤٠٠٣ – قلنا : المملوك بالنكاح يملك بالفعل في الشَراء ، كما أن المملوك في البيع يملك بالفعل ، فلا فرق بينهما .

٢٤٠٠٤ – قالوا : لو كان الوطء بيانًا لكان إذا وطئها يتعين الطلاق فيهما (٦) .

٢٤٠٠٥ – قلنا : الوطء لا يتصور فيهما معًا ، وإنما يقع في إحداهما بعد الأخرى ، فيتعين الطلاق في الثانية ، ولا يبقى بعد ذلك طلاق يتعلق بالوطء .

٢٤٠٠٦ – فإن قيل : قد قال أبو حنيفة إذا أعتق إحدى أمتيه ، ثم وطأ إحداهما (٧) لم يتعين العتق بالوطء (٨) .

٢٤٠٠٧ – قلنا : الفرق أن الطلاق موجبه (٩) التحريم ، وذلك ينفي (١٠) النكاح ، فلما وطأ إحداهما ، دل أنه لم يطأ من لا يملك وطئها ، وأما العتق فيوجب تحريم الوطء ، فإذا وطأ إحداهما ، تعين التحريم في الأخرى ، وتحريم الوطء لا ينفي (١١) ملك اليمين ، كأخيه من الرضاع .

* * *

---

(١) في (ع) : [أحدهما] .

(٢) إذا وطئ إحدى أمتيه ثم علقت منه عتقت الأخرى بالإجماع ، لأنها صارت أم ولد والاستيلاد يكون معينًا للعتق في الأخرى انظر : بدائع الصنائع (١٠٣/٤،١٠٤) .

(٣) انظر : المهذب (١٠٠/٢) ، النكت ورقة ٢٢١ .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (م ، ن ، ع) .

(٥) انظر : مغني المحتاج (٣٠٥/٣،٣٠٦) ، حاشية الجمل (٣٥٥/٤) .

(٦) انظر : الحاوي الكبير ورقة ١٠٨ .

(٧) في (ع) : [أحدهما] .

(٨) انظر : فتح القدير مع الهداية والعناية (٥٠٠/٤) .

(٩) في (ع) : [موحبه] .

(١٠ ، ١١) في (ع) : [يبقى] .

مسألة ١١٦٠

لا يحال بين الزوج ومنكوحته في الطلاق المبهم

٢٤٠٠٨ - قال أصحابنا : إذا طلق إحدى امرأتيه بغير عينها ، أو بعينها واختلطت لزمه البيان في المعين ، والتعيين في [غير] [1] المعين ولا يحال بينه وبينهما [2]

٢٤٠٠٩ - وقال الشافعي : يحال بينه وبينهما [3]

٢٤٠١٠ - لنا : أن الملك يزول في غير معين وهو يملك التعيين ، فلا يحال بينه وبين الجميع ، كمن باع قفيزًا من صبرة [4] ، ولأنه إذا طلق إحداهما بعينها فالمطلقة معتدة والزوج لا يحال بينه وبين المعتدة ، لأن الواجب كونها في منزله إلى أن تنقضي عدتها[5] ، وإن كان تعين بالحيلولة معه من وطئها ، فلذلك نقول : وأما إن كان إحداهما تعين عينها [6] فله أن يتخير في البيان ، فلا معنى للحيلولة بين المشتري ومتاعه على وجه الخيار .

٢٤٠١١ - احتجوا : بأن إحداهما أجنبية محرمة عليه [7] .

٢٤٠١٢ - والجواب : أنه يبطل به إذا باع قفيزًا من صبرة ، فإنه يحرم عليه ، ولا يحال بينه وبين البائع .

* * *

---

(١) في (ع) : [عين] .

(٢) ما في بدائع الصنائع والاختيار بخلاف هذا ، قال في بدائع الصنائع ، عند الكلام على الأحكام المتعلقة بهذا الحكم : وأما الأحكام المتعلقة به فنوعان ، أما الذي يتعلق به في حال حياة الزوج فهو أنه لا يحل له أن يطأ واحدة منهن حتى يعلم التي طلق فيتجنبها ، لأن إحداهن محرمة بيقين ، وكل واحدة منهما يحتمل أن تكون هي المحرمة ، فلو وطئ أحدهما فربما وطئ المحرمة ، وفي الاختيار نص على مثل هذا الحكم . انظر : بدائع الصنائع (٢٢٨/٣) ، الاختيار (١٠٥/٣) .

(٣) انظر : الأم ٢٨٠/٥ ، المهذب (١٠٠/٢) ، روضة الطالبين (١٠٣/٨) ، نهاية المحتاج (٤٧٥/٦) .

(٤) انظر : بدائع الصنائع ١٤٣/٣ ، الاختيار (١٠٤/٣) .

(٥) انظر : بدائع الصنائع (٢٠٥/٣) .

(٦) في (ع) : [عنها] .

(٧) انظر : نهاية المحتاج (٤٧٥/٦) ، مغني المحتاج (٣٠٥/٣) ، زاد المحتاج (٣٩١/٣) ، الجمل على شرح المنهج (٣٥٥/٤) .

مسألة ١١٦١

حكم الإرث إذا مات الزوج ولم يبين الطلاق في إحدى امرأتيه

٢٤٠١٣ – قال أصحابنا : إذا طلق إحدى امرأتيه : ثم مات قبل أن يبين [1] ، قسم ميراث امرأة بينهما [2] .

٢٤٠١٤ – وقال الشافعي : يوقف حتى يصطلحا [3] .

٢٤٠١٥ – لنا : أنهما يتساويا في سبب الاستحقاق ، لأن حجة كل واحدة منهما كحجة الأخرى ، فوجب أن يتساويا في الإرث ، كما لو أقامت كل واحدة من النساء البينة بالزوجية [4] ، ولأن الحاكم نصب لفصل الأحكام ، ولم ينصب لإيقافها ، ولأن التنازع في الحق لا يجوز أن يقف على اصطلاح المتخاصمين ، فلا يفصل بغير الصلح ، كسائر الأحكام .

٢٤٠١٦ – قالوا : إحداهما أجنبية [5] فلا يجوز أن يقسم الميراث بينهما [6] .

٢٤٠١٧ – قلنا : إنما لا يستحق الميراث الأجنبية إذا تعينت ، فأما مع الإشكال يجوز أن تستحق ، كما يجوز أن تأخذ [7] بالصلح .

٢٤٠١٨ – قالوا : لو لم يطلق واحدة منهما كان الربع بينهما ، فإذا قسم بعد الطلاق بينهما ، صار وجود الطلاق وعدمه سواء [8] .

٢٤٠١٩ – قلنا : الطلاق لا يجوز أن يؤثر في مقدار السهم لأنه لا يخلف المرأة الواحدة وما زاد عليهما ، وإنما يؤثر في حرمان المطلقة ، فإذا تعينت لم يؤثر في إسقاط حق من لا تتعين .

* * *

(١) في : [تبيين] .

(٢) انظر : الاختيار (١٤٦/٣) ، الكافي ورقة ٤٨ .

(٣) انظر : الأم (٢٨٠/٥) ، مختصر المزني (٢٩٩/٨) ، المهذب (١٠٠/٢) ، النكت ورقة ٢٢١ .

(٤) انظر : الكافي ورقة ٤٨ .

(٥) في (ن) : [أجنبية] .

(٦) انظر : الحاوي ورقة ١١٠ .

(٧) في (ن) : [يأخذ] .

(٨) انظر : الحاوي ورقة ١١٠ .

إذا طلق إحدى امرأتيه بغير عينها فماتت إحداهما

٢٤٠٢٠ - قال أصحابنا : إذا طلق إحدى امرأتيه بغير عينها ، فماتت إحداهما بطل الطلاق في الميتة [١] .

٢٤٠٢١ - وقال الشافعي : له أن يعين الطلاق في الميتة [٢] .

٢٤٠٢٢ - لنا : أنه مخير في التعيين ، ولم يبق من يصح إيقاع الطلاق عليه إلا الباقية ، ومن خير بين أمرين ففات أحدهما تعين الآخر [٣] ، ولأن الميتة لا يصح أن يبتدئ فيها الطلاق ، فلا يصح أن يعين فيها الطلاق كالأجنبية ، ولأنها ماتت غير مطلقة ، بدلالة أنه يجوز أن يقول بعد موتها : ما أردتها بالطلاق ، وإن لم تكن [٤] مطلقة قبل الموت لم يثبت فيها حكم الطلاق بعد الموت ، كما لا يثبت الطلاق المبتدأ [٥] .

٢٤٠٢٣ - قالوا : لو كان يملك البيان فيها فلا يسقط ذلك بموتها عليها .

٢٤٠٢٤ - قلنا : كان يملك البيان ، لأنه يملك ابتداء الإيقاع فيها ، فلما ماتت صارت بحيث لا يملك الإيقاع عليها ، فلم يملك البيان .

٢٤٠٢٥ - فإن قيل : إذا طلق إحداهما بعينها ونسبها لم يتعين الطلاق فيها بالموت .

٢٤٠٢٦ - قلنا : لأن هناك ليس له اختيار الطلاق ، وإنما يخير عن المطلقة عند الإيقاع ، ولا يتعين التخيير بالموت . وفي مسألتنا تخيير الطلاق ، كما يتخير الإيقاع ، وقد كان الاختيار في الميت ، فيتعين الطلاق في الباقي .

* * *

---

(١) انظر : الجامع الصغير ٢٥٠ ، المبسوط (١٢٣/٦) ، البناية (٩٠/٥) ، البحر الرائق (٢٧٠/٤) .

(٢) انظر : المهذب (١٠١/٢) ، النكت ورقة ٢٢١ .

(٣) انظر : المبسوط (١٢٣/٦) ، الاختيار (١٠٥/٣) .

(٤) في (ن) : [يكن] .

(٥) انظر : المبسوط (١٢٣/٦) .

مسألة ١١٦٣

ما يختلف به عدد الطلاق

٢٤٠٢٧ - قال أصحابنا : عدد الطلاق معتبر بالنساء ، فإذا تزوج الحر الأمة ملك منها تطليقتين ، وإن تزوج العبد الحرة ، ملك منها ثلاث تطليقات [١] .

٢٤٠٢٨ - وقال الشافعي : الطلاق معتبر بالرجل ، وطلاق الحر ثلاث تطليقات حرة كانت زوجته أم أمة ، وإن كان عبدًا فطلاقه تطليقان أمة كانت تحته أم حرة [٢] .

٢٤٠٢٩ - لنا : ما روى مظاهر [٣] بن أسلم [٤] ، عن القاسم [٥] بن محمد ، عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ « طلاق الأمة تطليقتان ، وعدتها حيضتان » [٦] .

٢٤٠٣٠ - فإن قيل : قال أبو داود : مظاهر [٧] منكر الحديث [٨] / . ب

٢٤٠٣١ - قلنا : طعن أصحاب الحديث لا يلزمنا حتى يبينوا جهة الطعن [٩] ، وقد روى هذا الحديث عطية العوفي [١٠] ، ....

(١) انظر : مختصر الطحاوي ٢٠٤ ، المبسوط (٣٩/٦) ، بدائع الصنائع (٩٧/٣) ، الهداية (٢٣٠/١) ، والمسألة في الكتاب انظر : اللباب (٤٨/٣) .

(٢) وبه قال الإمام مالك وأحمد ، انظر : الكافي (٥٧٣/٢) ، التفريع (٧٥/٢) ، المهذب (٧٨/٢) ، مغني المحتاج (٢٩٤/٣) ، المغني (٤٤٤/٨) ، الشرح الكبير /٣٢١ .

(٣) في (ن) : [مطاهر] .

(٤) مظاهر بن أسلم من أهل مكة ، روى عن القاسم بن محمد وروى عنه ابن جريج وأبو عاصم النبيل قال يحيى بن معين : ضعيف مات سنة ١٣٠ه انظر : التاريخ الكبير (٧٢/٤) ، الميزان (١٣٠/٤) ، الثقات (٥٢٨/٧) ، الكاشف (١٣٤/٣) ، خلاصة تهذيب الكمال (٨٢/٣) .

(٥) في (ن) : [القسم] .

(٦) - سبق تخريجه . وقد رد الشيرازى هذا الاستدلال بالحديث فقال : يرويه مظاهر بن أسلم ، وهو منكر الحديث ، ولأنه يعارضه قوله ﷺ يطلق العبد تطليقتين ثم نحمله عليه إذا كان زوجها عبدًا فإن الأمة لا يتزوجها الحر إلا بضرورة .

(٧) في (ع) : [مطاهر] .

(٨) هذا اعتراض للمخالف على الاستدلال بحديث مظاهر بأن الحديث مطعون فيه لأن فيه مظاهر بن أسلم ، وقد قال أبو داود فيه : مظاهر رجل مجهول وهذا منكر ، انظر : معرفة السنن والآثار (٩٣/١١) .

(٩) قال البيهقي : لو كان ثابتًا لقلنا به ، إلا أنا لا نثبت حديثًا يرويه من تجهل عدالته .

(١٠) عطية بن سعد العوفي ، روى عن أبي سعيد الخدرى وأبي هريرة وابن عمر وابن عباس وغيرهم . وروى عنه الأعمش ومسعود وابن أبي ليلى وغيرهم ، ضعّفه الثوري مات سنة (١١١ ه) انظر : في الجرح والتعديل =

عن ابن عمر عن النبي ﷺ [١] .

٢٤٠٣٢ - وقولهم إن عطية ضعيف [٢] ، والكلام عليه كالأول . ولأن أحمد بن حنبل قال : إذا اتفق ضعيفان على رواية خبر جاز العمل به [٣] .

٢٤٠٣٣ - فإن قيل : روى عن القاسم [٤] بن محمد أنه سئل عن هذه المسألة فأجاب بقولكم ، فقيل له : بلغك في هذا شيء عن رسول الله ﷺ قال : لا [٥] .

٢٤٠٣٤ - قلنا : هذه طريقة لا تقدح عندكم ، لجواز أن يروى وينسى ، ولهذا قلتم بخبر سليمان بن موسى [٦] عن الزهري في قوله عليه الصلاة والسلام : « أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها ، فنكاحها باطل » [٧] ، مع إنكار الزهري الخبر [٨] . ويجوز أن

= (٣٨٣،٣٨٢/٦) ، الكاشف (٢٣٥/٢) ، ميزان الاعتدال (٨٠،٧٩/٣) ، تهذيب التهذيب (٢٢٤٢٢٦/٧) ، خلاصة تهذيب الكمال (٢٣٣/٢) .

(١) أخرجه ابن ماجه في السنن باب في طلاق الأمة وعدتها (٦٧٢/١) ، ومالك في الموطأ ، باب ما جاء في طلاق العبد (٥٤٧/٢) ، والدار قطني في سننه كتاب الطلاق والخلع وغير ذلك (٣٨/٤) والبيهقي في السنن الكبرى باب ما جاء في طلاق الأمة (٣٦٩/٧) . وقد رد البيهقي الاستدلال بهذا الحديث فقال : قال الدار قطني حديث عطية هذا منكر ، غير ثابت من وجهين : أحدهما أن عطية ضعيف ، ونافع أثبت منه وأصح رواية ، والآخر أن عمر بن شبيب ضعيف لا يحتج بروايته ، قال البيهقي عمر بن شبيب قد ضعفه يحيى بن معين وغيره . والصحيح عن ابن عمر ما رواه سالم ونافع من قوله . انظر : معرفة السنن والآثار (٩٢/١١) .

(٢) انظر : معرفة السنن والآثار (٩٢/١١) .

(٣) أما حكم العمل بالحديث الضعيف فالذى عليه جمهور العلماء أنه يستحب العمل به في فضائل الأعمال لكن بشروط أوضحها الحافظ ابن حجر ، رحمه الله ، وهي :

١ - أنه يكون الضعف غير شديد . ٢ - أن يندرج تحت أصل معمول به .

٣ - أن لا يعتقد عند العمل به ثبوته بل يعتقد الاحتياط . انظر : تدريب الراوى (٢٩٨/١،٢٩٩) ، فتح المغيث (٢٦٨/١) .

(٤) في (ن) : [القسم] .

(٥) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى باب ما جاء في عدد طلاق العبد السنن الكبرى (٣٧٠/٧) .

(٦) هو سليمان بن موسى الأسدي . روي عن عطاء ونافع والزهري ، مات سنة (١١٥ ه) انظر : في الجرح والتعديل (١٤١/٣) ، الكاشف (٣٢٠/١) ، خلاصة تهذيب الكمال (٤٢٠/١) ، الميزان (٢٢٥/٢) .

(٧) الحديث أخرجه أبو داود في سننه باب في الولي - (٥٦٦/٢) ، والترمذي في سننه باب ما جاء لا نكاح إلا بولى - (٤٠٧/٣،٤٠٨) ، والدارمي في سننه باب النهي عن النكاح بغير ولي (١٨٥/٢) ، وابن ماجه في سننه باب لا نكاح إلا بولي ، سنن ابن ماجه (٦٠٥/١٢) ، والحاكم في المستدرك - (كتاب النكاح) - وقال صحيح (١٦٨/٢) .

(٨) وقد استدل الشافعية بهذا الخبر في عدم صحة النكاح إلا بولي ، المهذب (٣٥/٢) .

يكون القاسم [١] سئل عن طلاق العبد للحرة ، فأجاب بقولنا ، وقال : لم يبلغني فيه عن النبي ﷺ شيء [٢] . ولأن الطلاق معنى يختص بالنكاح ، والنكاح يختلف بالرق ، والحرية فجاز أن يؤثر فيه رق المرأة .

٢٤٠٣٥ - أصله : القسم [٣] . ولا يلزم عدد المنكوحات ، لأن ذلك نفس النكاح .

٢٤٠٣٦ - ولا يقال : إنه معنى يختص به ؛ لأن رق المرأة يؤثر فيه ، فعندهم لا يتزوج الحر أكثر من أمة واحدة [٤] ، وعندنا لا يتزوجها بعد حرة [٥] .

٢٤٠٣٧ - فإن قيل : المتغلب على القسم حق النساء ، لأنه وضع للعدل بينهن فللملك أثر فيه رقهن [٦] .

٢٤٠٣٨ - قلنا : لا يمتنع أن يكون القسم لحقهن ، وإن اعتبر بغيرهن ، كما أن المغلب على العدة أنها وضعت لصيانة ماء الزوج ، ويبقى حقه ببقائها ، ويسقط بانقضائها ، وإن كانت معتبرة بالنساء .

٢٤٠٣٩ - قالوا : القسم له عدد محصور ، وإنما هو بحسب التراضي إن شاءوا [٧] يومًا ويومًا وإن شاءوا [٨] شهرًا وشهرًا ، والطلاق معدود محصور فهو كعدد المنكوحات .

٢٤٠٤٠ - قلنا : القسم محصور ، بمعنى أن للحرة ضعف قسم الأمة ، لأنه لا زيادة للحرة على الضعف ، ولا تنقص الأمة من النصف ، فهو محصور من هذا الوجه ، وقد أثر الرق فيه . ولأنه معنى ذو عدد يختص بالنساء يؤثر فيه الرق ، فجاز أن يؤثر فيه رق المرأة ، كالعدة [٩] .

---

(١) انظر : سنن الترمذي (٤١٠/٣) ، الاختيار (٢٢/٣، ٢٣) .

(٢) انظر : أعلام السنن (١٨٧/١١، ١٨٨) .

(٣) رد الشيرازى هذا بان القسم شرع بينهما ، والمتغلب فيه حقها ولهذا أورد الوعيد في بابها فقال من كان له امرأتان فمال إلى إحداهما جاء يوم القيامة وشقه مائل . وهذا خالص للزوج فاعتبر به ، كعدد المنكوحات .

(٤) انظر : المهذب (٤٥/٢) . (٥) انظر : فتح القدير مع الهداية (٢٣٦/٣) .

(٦) اعتراض على القياس على القسم بأن القسم شرع بينهما والغالب فيه حق النساء لأنه وضع للعدل بينهن ولهذا ورد الوعيد في بابها . انظر : النكت ورقة ٢٢٣ .

(٧) في (ن) : [ساءوا] . (٨) في (ن) : [ساءوا] .

(٩) رد الشيرازي هذا فقال : نقلب فنقول فاختلف برق من يضاف إليه كالعدة ، ولأن السنة فرقت بين العدة والطلاق ، فلا يجوز الجمع بينهما . ولأن المغلب في العدة العبادة فاعتبر بالمعتدة ، وهذا ملك والمغلب فيه حقه ، ولهذا يجوز أن يأخذ عليه العوض فاعتبر بالمال . النكت ورقة ٢٢٣ .

٢٤٠٤١ – ولا يلزم عدد المنكوحات ، لأنه لا يختص بالنساء ، وإنما ثبت للرجال ، والطلاق بخصهن فيقال [١] : امرأة مطلقة ومعتدة ، ولا يوصف الرجل بذلك ، وأما النكاح فيوصفان به جميعًا ، فيقال : تناكحا ، ونكحت المرأة ، كما يقال : نكح [٢] الرجل ، ولأنه معنى مؤثر في زوال الملك ، يختلف بالرق ، والحرية ، فأثر فيه رق المرأة كالعدة .

٢٤٠٤٢ – فإن قيل : الملك يزول بالطلاق ، إلا أن زواله مؤجل بانقضاء العدة .

٢٤٠٤٣ – قلنا : العدة تؤثر في الرق ، وإن كانت العلة الطلاق .

٢٤٠٤٤ – فإن قيل : العدة عبادة ، فيعتبر بها ، كما تعتبر صلاة المسافر وصلاة الإقامة بالمقيم ، وصلاة المرض بالمريض [٣] ، ولا تجب الجمعة على العبد ، فأما الطلاق فهو حق للزوج خالص ، فاعتبر به في كماله ونقصانه [٤] .

٢٤٠٤٥ – قلنا : قولكم إن العدة عبادة عليهما فليس يمنع أن تجمع العبادة على الإنسان ، ويعتبر صفاتها بالمحدود . وقولهم : إن الطلاق حق للزوج ، فاعتبر به [في كماله] [٥] ونقصانه ، ليس بصحيح ، لأنه حق له ثم اعتبر بصفاتها [٦] حتى منع من إيقاعه حال حيضها ، وجاز إيقاعه حال طهرها ، كذلك لا يمتنع أن يعتبر عدده بها .

٢٤٠٤٦ – فإن قيل : المرأة هي الفاعلة للعدة ، وتعتبر بها ، والطلاق فعل الزوج ، فاعتبر به .

٢٤٠٤٧ – قلنا : العدة هي مضى الزمان ، وذلك من فعل الله تعالى ، فلا نسلم أنها هي الفاعلة لها ، ولأن الفاعل للحد هو القاضي ، أو الجلاد ، ولا يعتبر عدده بواحد منهما [٧] ، ولأن الطلاق هو الموجب للعدة ، وأولى الأشياء أن يعتبر الموجب بالموجب ، فمن أثر رقه في أحدهما أثر في الآخر .

---

(١) في (ن) : [فقال] . (٢) في (ع) : [تكح] .

(٣) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٤) اعتراض للمخالف بأن القياس على العدة قياس مع الفارق فإن المغلب في العدة عبادة فاعتبر بالمعتدة والطلاق ملك للرجل فاعتبر به في كماله ونقصانه النكت ورقة ٢٢٣ .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من النسخ . (٦) في (ع) : [بصفاتها] .

(٧) رد الشيرازي هذا فقال نقلب فنقول فاعتبر لمن يضاف إليه شبه كالحد ثم الموقع الحد هو الإمام ، ولو غير مستحق ، وإنما هو ثابت ، فلم يمكن اعتباره به فاعتبر بالموقع عليه ، والموقع للطلاق مستحق له فاعتبر به ، ولأن في الحد يعتبر حال الموقع عليه وهاهنا يعتبر حال الزوج في صفة إيقاعه من الحرية والنطق فاعتبر حاله في عدده . انظر : النكت للشيرازي ورقة ٢٢٣ .

٢٤٠٤٨ – ولأن زوج الأمة ، لو ملك التطليقات الثلاث ملك جهتي الإيقاع فيها ، الجمع ، والتفريق في الأطهار ، كزوج الحرة ، فلما لم يملك التفريق ثبت أنه لا يملك الجمع ، كالعبد من الأمة [1] .

٢٤٠٤٩ – فإن قيل : هذا يبطل بمن تزوج امرأة ، ولم يدخل بها : يملك جميع طلاقها ، ولا يملك تفريقه [2] .

٢٤٠٥٠ – قلنا : يملك وطأها بعد العقد ، ثم تفريق الإيقاع .

٢٤٠٥١ – فإن قالوا : كذلك زوج الأمة يملك التفريق إذا أعتقت .

٢٤٠٥٢ – قلنا : هو لا يملك العتق ، فكيف يقال : إنه يملك التفريق ، بمعنى أنه يفعل الوطء ثم يفرق . ولأن ما ثبت جملة في الأحرار والعبيد ضربان : أحدهما : يستويان فيه ، كأعداد الصلوات ، والآخر : يتفاضلان فيه « كالحد في الحدود » [3] ، وعدد المنكوحات [4] ، ووجدنا مع ما وقع فيه التفاضل اقتضى ما يملكه العبد النصف مما يملكه [5] . بدلالة عدد المنكوحات . ووجدنا [6] غاية ما يملكه اثنا عشر تطليقة ، فإن تزوج أربع حرائر ، فالواجب أن يملك العبد النصف من ذلك ، وهذا يصح ، لأنه يتزوج حرتين فيملك من كل واحدة ثلاث تطليقات [7] ، وعلى قولهم غاية ما يملك أربع تطليقات ، وهذا خلاف الأصول .

٢٤٠٥٣ – فإن قيل : غاية ما يملك الحر من امرأتين ست تطليقات ، والعبد يملك في أمتين نصفها ثلاث تطليقات من كل واحدة تطليقة ونصف ، إلا أن الطلقة لا تتبعض ، فوجب كمالها قلنا : هذا غلط ، لأن الحر والعبد ، إنما يختلفان في أكثر ما يملك ، ألا ترى

---

(١) رد الشيرازي هذا ، فقال يبطل بالحر قبل الدخول وتزويج الحامل إن بقي من الحمل أشهر انظر : النكت للشيرازي ورقة ٢٢٣ .

(٢) اعتراض للمخالف على قياس المصنف بأن ذلك يبطل بالحر إذا تزوج امرأة ولم يدخل بها يملك جميع طلاقها ولا يملك التفريق النكت ورقة ٢٢٣ .

(٣) هكذا في النسخ كالحد في الحدود . فالحر في حد الزنا يجب عليه إن لم يكن محصنًا مائة جلدة والعبد خمسون جلدة ، وفي حد القذف ثمانون سوطًا للحر وأربعون للعبد وكذا في حد الشرب . انظر : الاختيار (٣/٢٦٩،٢٨٠،٢٨٦) .

(٤) للحر أن يتزوج أربعا من النساء ، وللعبد زواج اثنتين – حرتين كانتا أو أمتين انظر : البحر الرائق (٣/١١٣) .

(٥) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٦) في (ع) : [ووجدن] .

(٧) انظر : المبسوط (٦/٤٠) .

أن كل واحد يتزوج امرأة واحدة ، ويتزوج اثنتين وإنما يختلفان في الأكثر ، فملك الحر أربعة وغاية ما يملكه العبد نصفها . فالواجب في مسألتنا أن يعتبر غاية ما يملكه الحر ، فلا يصح .

٢٤٠٥٤ – ويدل عليه أن الحر لا يملك من الأمة أكثر من تطليقتين ، لأن الطلاق معنى ذو عدد يؤثر في البينونة ، فتسبق بينونة الأمة [1] فيه بينونة الحرة كالعدة ، ويدل على أن العبد يملك من الحرة ثلاث تطليقات ، لأن التطليقة الثالثة معنى يملكه الحر من امرأته الحرة ، فوجب أن يملكه العبد من امرأته الحرة ، كالظهار والإيلاء [2] .

٢٤٠٥٥ – احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ ﴾ [3] إلى قوله تعالى : ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥ ﴾ [4] وظاهر الآية أن الأمة إذا كانت تحت حر يملك منها التطليقة الثالثة [5] .

٢٤٠٥٦ – قلنا : وكذلك ظاهرها يقتضي أن الحرة إذا كانت تحت عبد فطلقها تطليقتين يملك إيقاع الثالثة ، وهذا خلاف قولكم ، وصارت الآية مشتركة الدليل ، ولأن الآية لا تدل على واحد من المذهبين لأنها تناولت الحرة تحت الحر ، بدلالة أنه قال تعالى ﴿ وَٱلۡمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصۡنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٖ ﴾ [6] ، ثم وصف الطلاق بقوله ﷻ ﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ ﴾ [7] ، ثم قال تعالى : ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَا فِيمَا ٱفۡتَدَتۡ بِهِۦ ﴾ [8] وهذا يقتضي جواز المفاداة على العموم ، وعندهم أن الأمة لا تملك المفاداة إلا بدين [9] ثم قال سبحانه : ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَآ أَن يَتَرَاجَعَآ ﴾ [10] فأضاف التراجع إليهما ، والمراد به ابتداء العقد ، وهذا لا يصح إلا في الحرين ، فأما العبد والأمة فيقف تراجعهما على إذن المولى [11] .

٢٤٠٥٧ – قالوا : [12] روى أنه عليه الصلاة والسلام قال : الطلاق بالرجال والعدة

---

(١) في (ن) : [الآية] .

(٢) انظر : المبسوط (٤٠/٦) . وقد رد الشيرازي هذا بأن الظهار والإيلاء لا يتعدد ، فلم يختلف فيه الحر والعبد ، كالقطع في السرقة وهذا يتعدد فهو كالجلد .

(٣) سورة البقرة : الآية ٢٢٩ .

(٤) سورة البقرة : الآية ٢٢٩ .

(٥) انظر : المجموع (٧٢/١٧) .

(٦) سورة البقرة : الآية ٢٢٨ .

(٧) سورة البقرة : الآية ٢٢٩ .

(٨) سورة البقرة : الآية ٢٢٩ .

(٩) انظر : المهذب (٧١/٢) .

(١٠) سورة البقرة : الآية ٢٣٠ .

(١١) انظر : الاختيار (١٠٨/٣، ١٠٩) .

(١٢) انظر : النكت للشيرازى ورقة ٢٢٣ ، مغنى المحتاج (٢٩٤/٣) .

بالنساء [١] .

٢٤٠٥٨ - قلنا : هذا حديث لا نعرفه ، ولا نُقِلَ عن كتاب من كتب الحديث ، [وإنما ذكره القتبي في رسالته [٢] ، وقد ذكر هناك أخبارًا [٣] أنكرها أصحاب الحديث] [٤] ، والعجب من مخالفينا يطعنون في خبر مظاهر [٥] بن أسلم وهو خبر ذكره أبو داود ، وإن كان اعترضه فلم يضمن كتابه إلا الصحيح ، وما يقاربه [٦] ثم يقولون على خبر لم ينقله أحد أنه أصل . ولو ثبت مع بُعْد ثبوته احتمل أن يكون معنى الطلاق بالرجل : أن وقوع الطلاق بفعل الرجل [٧] فلا يقع بفعل النساء كما كانت الجاهلية تصنع ، إذا كرهت المرأة الرجل غيرت البيت ، فكان ذلك طلاقًا منها [٨] ، ويحتمل الطلاق بالرجل لبيان أن طلاق الصبى لا يقع ، والعدة بالنساء لبيان أن الصغيرة لا عدة عليها . ويحتمل أن الطلاق بالرجل بمعنى أن الاختلاف إذا وقع في الطلاق كان القول قول الزوج ، والعدة بالنساء ، بمعنى أن الرجوع في انقضاء العدة إلى قول المرأة [٩] .

٢٤٠٥٩ - قالوا [١٠] : روى الشافعي بإسناده أن مكاتبًا لأم سلمة طلق امرأته تطليقتين ، فأراد أن يراجعها فأمرته أزواج النبي ﷺ أن يأتي عثمان ﷺ فيسأله ، فذهب إليه فوجده آخذًا بيد زيد بن ثابت فسألهما ، فابتدراه وقالا : حرمت عليك [١١] . وروى بإسناده عن عبد الله بن عمر ﷺ أنه قال : إذا طلق العبد امرأته ثنتين ، حرمت

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٣٦٩/٧، ٣٧٠) .

(٢) لم نعثر على هذا الكتاب .

(٣) في (ع) : [أخبار] .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ومستدرك في الهامش .

(٥) في (ع) : [مطاهر] .

(٦) قد نص أبو داود على أنه حديث مجهول : سنن أبي داود (٣٢٤/٢) .

(٧) في (ن) : [الراحل] .

(٨) انظر : المبسوط (٤٠/٦) ، بدائع الصنائع (٩٨/٣) ، فتح القدير (٤٩٢/٣) .

(٩) رد الشيرازي هذا فقال « ولا يحمل على أن المراد به ملك للرجال ، لأنه لو أراد ذلك لقال الطلاق للرجال ، ولما فرق بينه وبين العدة ، النكت ورقة ٢٢٣ . انظر : الاختيار (١٠٨/٣) .

(١٠) النكت للشيرازى ورقة ٢٢٣ ، مغني المحتاج (٢٩٤/٣) ، المجموع (٧٠/١٧، ٧١) .

(١١) أخرجه الشافعي بإسناده في الأم (٢٧٤/٥، ٢٧٥) ، المسند ١٩٧ ، ورواه أيضًا مالك في الموطأ باب ما جاء في طلاق العبد (٥٧٤/٢) ، والبيهقي في السنن الكبرى باب ما جاء في عدد طلاق العبد (٣٦٨/٧) ، والطبراني في المعجم الكبير (٢٩٠/٣، ٢٩) والطحاوي في مشكل الآثار / بيان مشكل ما روى أن العبد لا طلاق له (١٣٦/٤) .

عليه حتى تنكح زوجًا غيرة حرة كانت أو أمة / [1] ، ولا يعرف لهم مخالف .

٢٤٠٦٠ – قلنا : ذكر الطحاوي بإسناده عن قتادة ، عن سعيد بن المسيب عن علي بن أبي طالب ﷺ قال : السنة بالنساء في الطلاق ، والعدة » [2] ، وذكر عن ابن شهاب عن سالم [3] عن عبد الله بن عمر أنه قال : أيهما] [4] رق نقص الطلاق برقه ، والعدة بعد ذلك على النساء [5] ، وإذا كان الخلاف ظاهرًا لم يمكن دعوى الإجماع [6] .

٢٤٠٦١ – قالوا : عدد محصور للزوج رفعه بعد ملكه بعوض ، فوجب أن يكون اعتبار كماله ونقصانه بالرجال ، كعدد الزوجات [7] .

٢٤٠٦٢ – وقولهم : « محصور [8] احتراز من [القسم ، للزوج رفعه بعد ملكه بعوض ، واحتراز من] [9] حد القذف [10] إذا قذفته [11] ملك الحد عليها فكماله ، ونقصانه لا يكون بالزوج ، وإنما قالوا : حق خالص للزوج يختلف بالرق والحرية ، فوجب أن يختلف برق الزوج ، وحريته كعدد المنكوحات .

---

(١) أخرجه الشافعي بإسناده في الأم (٢٧٤/٥) ومالك في الموطأ باب ما جاء في طلاق العبد (٥٧٤/٢) ، وابن أبي شيبة في المصنف كتاب الطلاق – من قال الطلاق بالرجال والعدة بالنساء (٨٣/٥) ، والبيهقي في السنن الكبرى باب ما جاء في عدد طلاق العبد (٣٦٩/٧) ، والطحاوي في شرح معاني الآثار باب الأقراء (٦٢/٣) .

(٢) رواه الطحاوي في مشكل الآثار باب بيان مشكل ما روى أن العبد لا طلاق له (١٣٦/٤،١٣٧) ، وابن أبي شيبه في المصنف كتاب الطلاق ما قالوا في العبد يكون تحته الحرة (٨١/٥) وسعيد بن منصور في سننه باب الطلاق بالرجال والعدة بالنساء ق (٣١٦/٣/١) ، وأورده ابن حزم في المحلى (٥٧٧/١،٥٧٨) .

(٣) سالم بن عبد الله بن عمر بن الخطاب القرشي روى عن أبيه وأبي هريرة وزيد بن الخطاب وغيرهم ، وروى عنه الزهري وصالح بن كيسان وحميد الطويل وموسى بن عقبة وآخرون . قال مالك : كان من أفضل أهل زمانه مات (١٠٦ هـ) تهذيب الكمال (١٠/١٤٥،١٦٠) ، تذكرة الحفاظ (٨٨/١،٨٩) ، خلاصه تهذيب الكمال (٣٦١/١) ، الثقات (٣٠٥/٤) ، تهذيب التهذيب (٤٣٦/٣،٤٣٨) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (م ، ن ، ع) .

(٥) رواه الطحاوي في مشكل الآثار باب بيان مشكل ما روى أن العبد لا طلاق له (١٣٧/٤) .

(٦) قال الطحاوي ما روينا عن ابن عمر من هذا لم نجد له عليه موافقًا من الصحابة ولا ممن بعدهم من الفقهاء – مشكل الآثار (١٣٧/٤) .

(٧) النكت للشيرازي ورقة ٢٢٢ ، المغني (٤٤٥/٨) ، الشرح الكبير (٣٢٢/٨) ، المبدع (٢٩١/٧) .

(٨) في (ع) : [محضور] .

(٩) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ومستدرك في الهامش .

(١٠) في (ع) : [القدف] .

(١١) في (ن) : [قدفته] .

٢٤٠٦٣ - قلنا : قولكم للزوج [1] رفعه بعد ملكه لا يصح في الطلاق ، لأن الزوجة ترفعه ، وإيقاع الشيء تحقيقه [2] ولا يقال : المرأة تتوصل إلى رفعه ، وإنما المراد التوصل إلى رفع حكمه بعد وقوعه ، ثم عدد المنكوحات عندهم يختلف برق المرأة ، كما يختلف برق الزوج ، لأن الحر يتزوج أربع حرائر ، ولا يتزوج أكثر من أمة واحدة [3] .

٢٤٠٦٤ - فالمعنى في عدد المنكوحات أن أحكام النكاح من النفقة ، والاستباحة معتبر بالزوج ، فكان عدده معتبرًا به ، وأحكام الطلاق ، والعدة تعتبر بالنساء ، فكان عدده معتبرًا بهن . ولأن النكاح لما اعتبر بالرجال ، كان غاية [4] ما يملكه الزوج ضعف ما يملكه العبد ، وكذلك يجب أن يكون غاية ما يملكه الحر من الطلاق ضعف ما يملكه العبد ، وهو لا يكون إلا على قولنا .

٢٤٠٦٥ - قالوا : عدد محصور تقع به البينونة ، فوجب أن يكون اعتبار كماله ونقصانه بمن يضاف إليه ، كالعدة .

٢٤٠٦٦ - قلنا : البينونة [لا تقع [5]] بالعدة عندكم ، وإنما يقولون [6] إنها تقع [7] بالطلاق عند مضي العدة ، ولأن الطلاق قد صار إلى المرأة إذا [8] مَلَّكَها الطلاق ، يقال : طلقت نفسها ، كما يقال : طلق الزوج ونعكس فنقول : فوجب أن يعتبر كماله ونقصانه بالمعتدة ، ولأن رق المرأة لما أثر في العدة منع من الرجعة في الحيضة الثالثة [9] ، وكذلك التطليقة الثالثة يمنعها الرق ، .فوجب أن يكون المانع منها رق المرأة أيضًا .

٢٤٠٦٧ - قالوا : الطلاق ملك الزوج [10] ، فوجب أن يكون تحصل الملك . ثم كماله [11] معتبر بالمرأة ، لأنه ملك رجعة الحرة في ثلاثة أقراء ، ولا يملك رجعة الأمة إلا في قرئين [12] .

٢٤٠٦٨ - قلنا : يبطل بحكم القذف ، لأن المالك له إما أن يكون لله تعالى ، أو

---

(١) في (ع) : [للروج] .
(٢) في (ع) : [تجميقه] .
(٣) انظر : المهذب (٥٣،٤٦/٢) .
(٤) في (ن) : [عاية] .
(٥) في (ن) : [يقع] .
(٦) في (ع) : [تقولون] .
(٧) في (ع) : [يقع] .
(٨) انظر : المهذب (١٠٢/٢) .
(٩) انظر : الاختيار (١٤٣/٣) .
(١٠) في (ن) : [الزوج] .
(١١) في (ن) : [كمالها] .
(١٢) انظر : الحاوي الكبير ورقة ١١٦ ، المغني (٤٤٤/٨) .

الإمام أو المقذوف (١) ، ثم لا يعتبر كماله بمالكه .

٢٤٠٦٩ - قالوا : أصل الطلاق إليه ، وهو المتصرف فيه بدلالة : أن الحر العاقل يجوز طلاقه ، والمجنون والصبي لا يقع طلاقهما ، فإذا كان أصله به كان اعتبار كماله ونقصانه به (٢) .

٢٤٠٧٠ - قلنا : أصل الحد إلى القاضي ، أو إلى المقذوف يطالب به أو يسقطه عندهم (٣) ، ثم عدده لا يعتبر بواحد منهما ، وكذلك الرجعة (٤) أصلها إلى الزوج : يملك التصرف فيها ، ويملك إسقاطها (٥) ، وكمالها معتبر بالزوجة دونه .

٢٤٠٧١ - قالوا : كل أمر ذي (٦) عدد يدخله النقص والكمال (٧) ؛ فإن كان النقص لفاعله كان تأثيره بالتنصيف ، كالعدة ، وإن كان التأثير لنقص المفعول به كان تأثيره الإسقاط ، كالحد إذا كان المقذوف عبدًا . فلما كان النقص في الطلاق التنصيف دون الإسقاط [كان اعتبار عدده به كحد الزنا] (٨) .

٢٤٠٧٢ - قالوا : الرق (٩) يمنع من إيقاع التطليقة الثالثة ومواقعة الطلاق تعتبر في جهة الزوج ، بدلالة امتناع طلاق الصبي ، والمجنون (١٠) .

٢٤٠٧٣ - قلنا : الرق يمنع ملك التطليقة الثالثة (١١) ، والجنون ، والصغر لا يمنعان بذلك الطلاق ، وإنما يمنع تصرف الزوج فيما ملك من الطلاق ، كما يمنع من التصرف في سائر أملاكه (١٢) ، فعلى هذا لا توجد العلة . أصله أن الرق يمنع التطليقة الثالثة ، ويمنع الرجعة (١٣) في الحيضة الثالثة (١٤) ثم الحيضة التي يمنعها الرق تعتبر [بالنساء لا بالرجال ، كذلك (١٥) التطليقة (١٦) الثالثة ، تمنع الرجعة في الحيضة الثالثة ، ثم الحيضة

---

(١) انظر : الهداية (١١٣/٢) ، الاختيار (٢٨٣/٣،٢٨٤) .
(٢) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .
(٣) انظر: المهذب (٢٧٤/٢)، المجموع (٦٤/٢٠).
(٤) في (ع) : [الرجعة] .
(٥) انظر : الاختيار (١٠٧/٣) .
(٦) في (ن) : [دو] .
(٧) قاعدة : « كل أمر ذي عدد يدخله النقص والكمال » .
(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) .
(٩) هكذا في النسخ الموقف .
(١٠) في (ع) : [والمحنون] .
(١١) انظر : الاختيار (٧٢/٣) .
(١٢) انظر : بدائع الصنائع (١٣٥/٥) .
(١٣) في (ع) : [الرحعة] .
(١٤) انظر : الاختيار (١٤٣/٣) .
(١٥) في (ع) : [لذلك] .
(١٦) في (ن) : [الصليقة] .

التي يمنعها الرق تعتبر] (١) بالمرأة . وأولى الأشياء (٢) أن يعتبر أحد هذين المعنيين بالآخر؛ لأن الرجعة في الحيضة الثالثة توجب امتداد الملك عليها ، لأنها تمكنه أن يراجعها ثلاث مرات كذلك ما يكفى التطليقة الثالثة فوجب امتداد الملك عليها . فإذا كان ما يؤدي إلى الملك بالطلاق وجب أن يعتبر بها .

٢٤٠٧٤ - قالوا : الطلاق من فروع النكاح فإذا كان نفس النكاح يعتبر بالرجال ، فكذلك فروعه (٣) .

٢٤٠٧٥ - قلنا (٤) : إن عنيت بفرعه أنه لا يوجد إلا فيه بطل بالرجعة والقسم ، ولأن النكاح يقع به الملك للزوج ، فاعتبر به (٥) . كذلك (٦) الطلاق يقع الملك به للحرة ، ويجب (٧) البدل عليها ، كما يجب البدل (٨) على الزوج بالنكاح ، فوجب أن يعتبر الطلاق بها .

٢٤٠٧٦ - قالوا : عدد النكاح في المنكوحة الواحدة يختلف بالرق ، والحرية ، ثم أعداد النكاح في المنكوحات يعتبر بالرجال ، فكذلك (٩) أعداد النكاح في المنكوحة الواحدة وجب أن يعتبر بالرجال أيضًا (١٠)

٢٤٠٧٧ - قلنا : أعداد النكاح في المنكوحة الواحدة لو اعتبر بالرجال صار العبد على القلب من الحر ، لأن الحر يملك أربع نسوة ، فملك عليهن اثنا عشر عقدا ، كأن يطلق كل واحدة ثم يتزوجها مرتين ، فإذا اعتبر النكاح بالرجل ملك العبد امرأتين ، فإذا طلقهما جاز أن يتزوجهما مرة أخرى ، فيملك عليهما ثلث ما يملكه الحر ، فالرق يؤثر في التنصيف ، فأما في الثلث فلا .

٢٤٠٧٨ - ولأن الزوج يملك من المنكوحة أنكحة لا نهاية لها ، لأنها ترتد ثم تسلم فيتزوجها إلى غير غاية (١١) ، فدل على أن (١٢) عدد الطلاق غير معتبر بعدد الأنكحة

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ومستدرك في الهامش .
(٢) في (ن) : [الأسياء] .
(٣) انظر : الحاوي الكبير ورقة ١١٦ ، عارضة الأحوذي (١٥٣/٥) .
(٤) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .
(٥) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .
(٦) في (ع) : [فلذلك] .
(٧) في (ع) : [ويحب] .
(٨) في (ع) : [ويحب] .
(٩) في (ع) : [فلذلك] .
(١٠) انظر : الحاوي ورقة ١١٦ .
(١١) في (ن) : [عاية] .
(١٢) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

فكيف يعتبر ذلك والنبي ﷺ كان له أن يتزوج تسعة ولا يملك من كل واحدة [١] أكثر من ثلاث [٢] تطليقات .

* * *

(١) في (ن) : [واحد] .

(٢) ساقطة من (ن) .

مَوْسُوعَة

القَوَاعِدِ الفِقْهِيَّةِ المُقَارَنَةِ

المُسَمَّاة

التَّجْرِيدِ

كتاب الرجعة

مسألة [(١)] ١١٦٤

الطلاق الرجعي لا يوجب تحريم الوطء

٢٤٠٧٩ – قال أصحابنا : الطلاق الرجعي لا يوجب تحريم الوطء [(٢)] .

٢٤٠٨٠ – وقال الشافعي : هي محرمة تحريم البينونة حتى يرتجعها [(٣)] .

٢٤٠٨١ – لنا : قوله تعالى ﴿ نِسَآؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُمْ ﴾ [(٤)] وهذه من نسائه ، بدلالة أنه إذا قال : نسائي طوالق طلقت [(٥)] ، فوجب أن يحل له إتيانها بظاهر الآية [(٦)] ، ولأنه طلاق لا يزيل الملك فلا يوجب التحريم ، كالطلاق المعلق بالشرط ، وطلاق الصبي [(٧)] .

٢٤٠٨٢ – فإن قيل : المعنى فيه أن الفرقة لم تقع [(٨)] .

٢٤٠٨٣ – قلنا : الطلاق لا يوقع فرقة ، وإنما هو سبب فيها ، كالطلاق المضاف إلى الشرط عندنا .

٢٤٠٨٤ – فإن قيل المعنى فيه أن الطلاق لا يقع انتقضت علة الأصل للظاهر وأن

---

(١) – الرجعة – بفتح الراء – أفصح من كسرها ، وهي لغة : الرجوع . واختلف الفقهاء في تعريفه :
١ – فهو عند الحنفية : عبارة عن استدامة الملك القائم في العدة بنحو : راجعتك وما يوجب حرمة المصاهرة ، البناية (٥٩١/٤) ، اللباب (٥٤/٣) .
٢ – وعند المالكية : رفع الزوج أو الحاكم حرمة المتعة بالزوجة لطلاقها : الفواكه الدواني (٥٨/٢) .
٣ – وعند الشافعية : رد المرأة إلى النكاح من طلاق غير بائن في العدة على وجه مخصوص . مغني المحتاج (٣٣٥/٣) .
٤ – وعند الحنابلة : إعادة مطلقة غير بائن إلى ما كانت عليه بغير عقد المبدع (٣٩٠/٧) كشف القناع (٣٤١/٥) . والملاحظ أن تعريف الحنفية قد اعتبر أن الرجعة استدامة للملك ، لأن الطلاق الرجعي عندهم لا يحرم الوطء ، فالملك باق عندهم في حق الوطء خلافًا للمالكية والشافعية .

(٢) وبه قال الإمام أحمد . وهو ظاهر المذهب انظر : المبسوط (١٩/٦) ، بدائع الصنائع (١٨٠/٣) ، رؤوس المسائل ٤٢١ ، المغني (٤٧٧/٨) ، الشرح الكبير (٤٧٤/٨) ، المبدع (٣٩٣/٧) .

(٣) وبه قال الإمام مالك انظر : المهذب (١٠٢/٢) ، بداية المجتهد (١٠٦/٢) ، مغني المحتاج (٣٤٠/٣) ، أسهل المدارك (١٣٨/٢) .

(٤) سورة البقرة : الآية ٢٢٣ .

(٥) ساقط من (ع) .

(٦) انظر : بدائع الصنائع (١٨٠/٣) .

(٧) انظر : بدائع الصنائع (١٠٠/٣) ، الاختيار (٩٧/٣) .

(٨) اعتراض للمخالف على قياس المصنف بأن المعنى في الطلاق المعلق بالصفة الملك فيه يأتي فلا يحرم الوطء حالا : النكت ورقة ٢٢٣ .

التحريم حاصل ولم يقع لأنه طلاق لا يبينها ، فلم يثبت التحريم بموجبه . أصله : طلاق المكره[١] ، ولأن الزوج يملك ردها إلى الحالة الأولى بقوله من غير رضاها ، ولو حرمها الطلاق لم يملك ذلك ، كالمختلعة [٢] .

٢٤٠٨٥ - ولا يلزم ابن العم إذا أبان ابنة عمه ، ثم تزوجها ، وهي صغيرة ، لأنا قلنا : يملك ردها ، وبعد البينونة ليس بزوج ، ولأن هذا ليس برد ، وإنما هو استئناف عقد آخر [٣] .

٢٤٠٨٦ - ولأنه يصح ظهاره [٤] منها ، ولو حرمها الطلاق ، لم يثبت الظهار كالمختلعة . ولأن تحريم الظهار أضعف فلا يجوز أن يدخل أضعف التحريمين على آكدهما [٥] .

٢٤٠٨٧ - ولأنه يصح إيلاؤه منها ، والإيلاء يثبت بمنع حقها من الوطء ، فلو كانت محرمة بالطلاق لم يثبت الإيلاء منها ، كالمختلعة [٦] ، وطلاق المكره [٧] .

٢٤٠٨٨ - ولأنه طلاق لا يمنع أن يلحقها الطلاق بعموم ألفاظه فلا يوجب التحريم كطلاق المكره . ولأنه طلاق لو حصل حال الصحة لم يمنعها حقها من الإرث ، فلم يحرم بمقتضاه الوطء ، كطلاق المكره [٨] .

٢٤٠٨٩ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ ﴾ [٩] وجميع أحكام النكاح بحالها ، والرد لابد أن يكون زوال شيء حتى يرد ، وما ذاك إلا الإباحة .

٢٤٠٩٠ - الجواب : أن الآية دلالة لنا ، لأنه [١٠] تعالى قال ﴿ وَبُعُولَتُهُنَّ ﴾ [١١] فسماه بعلًا ، وهذا من أسامي الأعيان ، فيقتضي أن يكون فعله ، فلو حرمها الطلاق لم يكن فعله . فأما الرد : فلأن قبل الطلاق كانت لا تبين بمضي المدة ، فصارت تبين بمضيها ، فيردها إلى الحالة الأولى ، حتى لا يؤثر مضي المدة فيها [١٢] .

٢٤٠٩١ - قالوا : طلقة واحدة ، فوجب أن يقع بها تحريم الوطء . أصله : إذا قال

---

(١) المبسوط (١٧٧/٦، ١٧٨) ، بدائع الصنائع (١٠٠/٣) .
(٢) المبسوط (٢٠/٦) ، بدائع الصنائع (١٨٠/٣) ، رءوس المسائل ٤٢١ ، الاختيار (١٠٧/٣) .
(٣) المبسوط (٢٠/٦) ، بدائع الصنائع (١٨٠/٣) .
(٤) في (ن) : [ظهاره] .
(٥) المبسوط (٢٠/٦) ، بدائع الصنائع (١٨٠/٣) ، المبدع (٣٩٣/٧) .
(٦) المبسوط (٢٠/٦) ، الاختيار (١١٦/٣) . (٧) المبسوط (١٧٦/٦/ ١٧٧) .
(٨) المبسوط (١٧٦/٦/ ١٧٧) .
(٩) سورة البقرة : الآية ٢٢٨ .
(١٠) ساقطة من (ع) .
(١١) سورة البقرة : الآية ٢٢٨ .
(١٢) المبسوط (٢٠/٦) ، الاختيار (١٠٦/٣) .

لها أنت بائن (١) .

٢٤٠٩٢ - قلنا : الطلقة في قوله : أنت بائن لا توجب التحريم ، وإنما تتضمن عندنا زوال الملك ، فوقع التحريم بذلك ، وهذا لا يوجد في صريح الطلاق . والمعنى فيه أن لفظ البينونة يوجد في الإيقاع ، فصار كالبينونة الواقعة من طريق الحكم ، وصريح الطلاق لم يوجد في لفظ (٢) بينونة ، ولا وقعت حكمًا ، فلم يثبت (٣) تحريم الطلاق (٤) .

ب ٢٤٠٩٣ - قالوا : معتدة ، فوجب أن يحرم / وطؤها ، كالمعتدة التي قال لها : أنت بائن .

٢٤٠٩٤ - قلنا : يبطل بمن اشترى زوجته وهي معتدة ، بدلالة أنه لا يحل له تزويجها ، وليست محرمة بالطلاق (٥) .

٢٤٠٩٥ - قالوا : الطلاق ضد النكاح ، فإذا ثبتت (٦) الإباحة بالنكاح ، زالت بالطلاق (٧) .

٢٤٠٩٦ - قلنا : الإباحة في النكاح تحصل بالملك بضد ذلك الطلاق الذي يزيل الملك ، فأما الطلاق الذي لا يزيل الملك فلا يضاف إليه ما حصل من الإباحة .

٢٤٠٩٧ - قالوا : لا يجوز (٨) أن يسافر بها كالمطلقة ثلاثًا .

٢٤٠٩٨ - قلنا : إنما لا يسافر بها ، لأنه ممنوع من إخراجها من منزله في حالة العدة ، فأولى أن يُمنع إخراجها من البلد ، ولو كانت معتدة لا تمنع من الخروج ، ولا يمنع من السفر بها كالزوجة والأَمَة (٩) ، والمعنى في المطلقة ثلاثًا أن الطلاق أزال الملك ، فأوجب التحريم ، ولما لم يزل الملك في مسألتنا لم يثبت التحريم بمقتضى الطلاق .

٢٤٠٩٩ - قالوا : جارية إلى البينونة ، فكان وطؤها محرمًا كالتي أسلمت في دار

---

(١) انظر : النكت ورقة ٢٢٣ ، المهذب (١٠٢/٢) .

(٢) في (ن) : [لفظ] . (٣) في (ن) : [ثبت] .

(٤) انظر : بدائع الصنائع (١٩٨٧/١٨٠/٣) ، رءوس المسائل ٤٢١ .

(٥) المبسوط (٢٠/٦) . (٦) في (ن) : [ثبت] .

(٧) انظر : الحاوي الكبير للماوردي ورقة ١٣١ .

(٨) في (ع) : [يحوز] .

(٩) السفر بالمطلقة طلاقًا رجعيًا - إن كان قبل المراجعة - قال زفر : يحل له المسافرة بها قبل الرجعة ، وأما على قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد فإنها لا تحل ، لا لزوال الملك بل لكونها معتدة . وقد قال الله تعالى في المعتدات ﴿ ولا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة ﴾ (الطلاق : ١ وأما بعد الرجعة فله أن يسافر بها إذا أشهد على رجعتها ، انظر : بدائع الصنائع (١٨٠/٣) الاختيار (١٠٧/٣) .

الحرب ، وزوجها كافر [١] .

٢٤١٠٠ - قلنا : تلك الجارية إلى الفرقة عندنا ، لأن الزوجة بحالها .

٢٤١٠١ - فإن قالوا في الوصف : جارية إلى الفرقة انتقض بمن قال لزوجته : أنت طالق رأس الشهر ، ولأن هناك اختلف الدين على وجه لا يجوز معه بقاء النكاح فحرمت . كذلك في مسألتنا الدين لا يختلف ، فلم يجز الوطء بالطلاق مع بقاء الملك [٢] .

* * *

(١) الحاوي الكبير للماوردي ورقة ١٣١ .

(٢) المبسوط (٥١،٥٠/٥) ، الاختيار (٥٥،٥٤/٣) .

مسألة ١١٦٥

ما تصح به الرجعة

٢٤١٠٢ – قال أصحابنا : تصح الرجعة بالفعل إذا وطئها الزوج ، أو باشرها بشهوة ، أو نظر إلى فرجها بشهوة [١] .

٢٤١٠٣ – وقال الشافعي : لا تصح الرجعة إلا بالقول مع القدرة عليه ، كأن يقول : راجعتك ، أو ارتجعتك ، أو رددتك ، فإن قال أمسكتك [٢] ، ففيه وجهان [٣] ، وإن كان عاجزًا عن القول كالأخرس ، فتثبت [٤] الرجعة بالإشارة . فإذا أسلم الحربي وتحته أكثر من أربع نسوة ، فأسلمن معه ، فله أن يختار أربعًا منهن بالقول ، فإن وطء أربعة منهن نص الشافعي : أن الوطء ليس باختياره ، وفيها وجه آخر : أنه اختيار ، وإذا طلق إحدى امرأتيه ثم وطئ إحداهما : ففيه وجهان [٥] .

٢٤١٠٤ – لنا : قوله تعالى ﴿ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ ﴾ [٦] والمراد به الفعل تقول : رددت الوديعة ، والمراد به الفعل [٧] .

---

(١) اختلف الفقهاء فيما تكون به الرجعة على النحو التالي :
المذهب الأول : ذهب الإمام أبو حنيفة ومالك وأحمد في رواية إلى أن الرجعة تصح بالقول وبالفعل ، وهؤلاء انقسموا فيما بينهم فيما يكون به الفعل : فذهب الإمام أبو حنيفة وأحمد في رواية إلى أن الرجعة تكون بالوطء ، سواء نوى به الرجعة أو لم ينو . وأما إذا باشرها بشهوة أو نظر إلى فرجها بشهوة ، فإنه يكون رجعة عند الإمام أبي حنيفة . وأما عند الإمام أحمد فالمنصوص عنه أنه لا يكون رجعة ، وخرج ابن حامد فيه وجهان ، وذهب الإمام مالك إلى أن الرجعة تكون بالفعل وهو الوطء إذا نوى به الرجعة . انظر : مختصر الطحاوي ٢٠٥ المبسوط (١٩/٦) ، بداية المجتهد (١٠٥/٢) ، المغني (٤٨٣/٨) ، الشرح الكبير (٤٧٥/٨) ، المذهب الثاني : ذهب الإمام الشافعي وأحمد في رواية إلى أن الرجعة لا تكون إلا بالقول . المغنى (٤٨٣/٨) ، الشرح الكبير (٤٧٥/٨) .

(٢) في (ع) : [أمسكته] .

(٣) أحدهما – وهو قول أبي سعيد الاصطخري– أنه يصح ، والثاني لا يصح المهذب (١٠٣/٢) .

(٤) في (ع) : [ثبت] .

(٥) إذا طلق إحداهما بغير عينها ففيه وجهان : أحدهما لا يتعين الطلاق بالوطء ، وهو قول أبي علي بن أبي هريرة . والثاني : يتعين ، وهو قول أبي إسحاق والمزني . وهو الصحيح انظر : هذه المسألة في الأم (٢٤٤/٥) ، المهذب (١٠٣،٥٢/٢) ، روضة الطالبين (٢١٧،٢١٥/٨) .

(٦) سورة البقرة : الآية ٢٢٨ .

(٧) انظر : بدائع الصنائع (١٨١/٣) .

٢٤١٠٥ - فإن قيل : ذكر الله تعالى أن للزوج الرد ، ولم يبين المعنى الذي يقع بقوله : رددتك ، ولهذا اتفقنا أن هذا اللفظ صريح في الرجعة (١) .

٢٤١٠٦ - قلنا : إذا كان الرد هو الفعل اقتضى أن حق الزوج هو الفعل ، وعنده حقيقة القول الذى يقع به الرد . فأما قوله : رددتك ، فيقع به الرجعة بتضمن معناها ، لا لأنه يراد بالآية .

٢٤١٠٧ - فإن قيل : الرد إذا أضيف إلى صفة المعين اقتضى أن يكون بالقول . تقول : رددتك فلانًا إلى المودة و (٢) قد يكون بالفعل ، وهو أن يفعل ما (٣) يستصلحه به ويتصل به (٤) . ويدل عليه قوله تعالى : ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ (٥) فأثبت الرجعة بالإمساك ، وحقيقة ذلك بالفعل دون القول ، وظاهر الأمر أنه إذا أمسكها بشهوة فقد فعل المأمور به من الرجعة (٦) ، وذكر أبو داود أن عمران بن الحصين سئل عن رجل طلق امرأته ولم يشهد ، ثم واقعها ولم يشهد ، فقال : طلقها لغير السنة وراجعها كذلك (٧) .

٢٤١٠٨ - وذكر أبو الحسن عن ابن مسعود أنه سئل عن رجل طلق امرأته ، ثم وقع عليها فقال (٨) صار مراجعًا لها ، ولا يعرف لهما مخالف ، ولأنها مدة علق بها حكم التربص ، وثبت ابتداؤها بقول الزوج ، فجاز أن يملك الزوج إبطالها بفعله كمدة الإيلاء (٩) .

---

(١) أي أن قوله لزوجته : رددتك صريح في الرجعة عند الحنفية والشافعية على السواء . ولما كان صريحًا فإن الله ذكره في القرآن ولم يبين المعنى المراد به هل الفعل أو القول ، انظر : البناية (٥٩٢/٤) ، المهذب (١٠٣/٢) .

(٢) ساقطة من (ن) (٣) ساقطة من (ن)

(٤) اعتراض بأن لفظ الرد إذا أضيف إلى صفة العين اقتضى الوقوع بالقول والفعل ، أما القول فنحو أن يقول : رددت فلانًا إلى المودة ، والفعل هو أن يفعل ما يستصلحه به ، وعلى هذا فاستدلال الحنفية بلفظ الرد أن المراد به الفعل لا وجه له (الحاوي للماوردي ١٣٢) . (٥) سورة الطلاق : الآية ٢ .

(٦) انظر : بدائع الصنائع (١٨٢/٣) ، الاختيار (١٠٧/٣) ، شرح الزركشي (٤٤٩/٥) .

(٧) لفظ الأثر كما عند أبي داود - باب الرجل ينظر ولا يشهد - عن مطرف بن عبد الله أن عمران بن الحصين سئل عن الرجل يطلق امرأته ثم يقع بها ولم يشهد على طلاقها ولا على رجعتها ، فقال : طلقت لغير سنة وراجعت لغير سنة ، أشهدْ على طلاقها وعلى رجعتها ولا تعد . سنن أبي داود (٢٥٧/٢) وهو عند البيهقي في السنن الكبرى (٣٧٣/٧) .

(٨) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٩) الفيء في الإيلاء يكون بالفعل وهو الجماع في الفرج ، حتى لو جامعها فيما دون الفرج أو قبلها بشهوة =

٢٤١٠٩ – فإن قيل : لا تأثير لقولكم ثبت ابتداؤها بقول الزوج ، لأنه فرق بين أن يطلقها ، أو يجعل أمرها إليها فتطلق [١] نفسها ، أو إلى أجنبي فيطلقها .

٢٤١١٠ – قلنا : هذا كله ثبت بقول الزوج ، لأن الموقع للطلاق تعبيره عنه [٢] فكأنه طلق بنفسه . فإن قيل : نعكس فنقول : فلا يملك إبطال المدة بقوله وفعله .

٢٤١١١ – قلنا : لا يحتاجون إلى قوله ثبت ابتداؤها بقول الزوج لأن مدة الإيلاء يجتمع في إبطالها القول ، والفعل ، لأن المريض الذى يستضر [٣] بالوطء يمنعها بالقول ، فإن تحمل المشقة وأبطلها بطلت [٤] .

٢٤١١٢ – فإن قيل : المعنى في مدة الإيلاء أنه لا يجوز إبطالها بالقول ، فجاز بالفعل [٥] .

٢٤١١٣ – قلنا : هذا كلام يصح إذا كان اجتماع القول والفعل يتنافى ، وإذا صح أحدهما بطل الآخر ، فإما إذا كانا لا يتنافيان [٦] فلا ، بدلالة أن مدة الإيلاء تبطل [٧] بالأمرين ، فدل [٨] على انتفاء الآخر [٩] . فإن قيل : مدة الإيلاء إنما ثبتت لترك حقها من الوطء ، فإذا وطئها ، فقد أوفاها حقها .

= أو لمسها بشهوة أو نظر إلى فرجها بشهوة ، لا يكون ذلك فيئًا ، لأن حقها الجماع في الفرج ، فصار ظالمًا بمنعه ولا يندفع الظلم إلا به . بدائع الصنائع (١٧٣/٣) ، المغني (٤٨٣/٨) لكن الإيلاء وإن كان يثبت بالفعل – إلا أن الفعل مخصوص بالجماع ، بخلاف الرجعة فإنها تثبت بالجماع فيما دون الفرج ، وبالمس عن شهوة والنظر إلى الفرج بشهوة ، لأن البينونة هناك بعد انقضاء العدة تثبت من وقت وجود الطلاق من وجه ، فلو لم تثبت الرجعة به لصار مرتكبا للحرام ، فجعل الإقدام عليه دلالة الرجعة تحرزًا عن الحرام . انظر : بدائع الصنائع (١٧٣/٣) ، الهداية (١١/٣) .

(١) في (ن) : [فيعلق] .

(٢) في (ن) : [عنه] .

(٣) في (ن) : [ستصبير] .

(٤) إذا فاء بالقول فيشترط لصحته ثلاثة شروط : أحدهما : العجز عن الجماع ، فلا يصح مع القدرة عليه لأنه الأصل ، والفيء بالقول خلف عنه ، ولا عبرة بالخلف مع القدرة على الأصل ، وسواء كان العجز حقيقة أو حكمًا ، فالحقيقي نحو أن يكون أحد الزوجين مريضًا مرضا يتعذر معه الجماع أو كانت المرأة صغيرة لا يجامع مثلها .
الثاني : دوام العجز عن الجماع إلى أن تمضي العدة .
الثالث : قيام ملك النكاح وقت الفيء بالقول . انظر : بدائع الصنائع (١٧٣/٣، ١٧٤) .

(٥) اعترض للمخالف على قياس الرجعة بالإيلاء ، بأن الرجعة تصح بالفعل – وهو الوطء – بأنه قياس مع الفارق ؛ لأنه مدة الإيلاء لا يجوز أن يبطلها بالقول فجازت بالفعل ، بخلاف الرجعة .

(٦) في (ن) : [يتنافنا] .

(٧) في (ن) : [يبطل] .

(٨) ساقطة (م) ، (ن) ، (ع) .

(٩) انظر : بدائع الصنائع (١٧٣/٣، ١٧٤) .

٢٤١١٤ - قلنا : وهذه المدة تثبت لإعراضه عنها ، فإذا وطئها فقد عدل عن الإعراض ، لأنها تثبت الاستبراء ، والوطء بها في الاستبراء ، فلما فعله دل على أنه قطع حكم الاستبراء .

٢٤١١٥ - ولأنه معنى طارئ على النكاح يقتضي البينونة والوفاء ، لسبق البينونة فيه العدة ، ولأنه مدة علق بها التربص ، فجعل للزوج سبيلًا إلى إبطالها ، فكان له إبطالها بفعله كمدة العنة [1] .

٢٤١١٦ - ولأن الطلاق يثبت [2] الخيار في مدة معلومة من الرد إلى الحالة الأولى بالفعل ، كمن باع بشرط الخيار .

٢٤١١٧ - ولا يلزم إذا أعتق إحدى أمتيه [3] . ولا يلزم إذا جنت أمته أنه بالخيار بين الدفع والفداء ، ولو وطئها لم يكن مختارًا ، لأن هذا الخيار ليس هو في مدة معلومة [4] ، ولا يلزم إذا أسلمت امرأة الحربي ، لأنه يجب عليه إبطال المدة ، ولأن هناك تبطل المدة بالفعل إذا اعتقد الإسلام [5] .

٢٤١١٨ - فإن قيل : لو قطع يد المبيعة [6] بطل خياره ، ولو قطع يد المطلقة لم يبطل خياره ، ولو باع البيعة بطل الخيار ، ولو خالع المطلقة صح الخلع ، فاستحق العرض ، فدل على أن مدة الخيار تبطل به العدة .

٢٤١١٩ - قلنا : أما قطع اليد فلأنه تصرف في المبيع . ألا ترى أن البيع يقع على سائر الأعضاء ، والتصرف فيما وقع عليه العقد إبطال للخيار [7] . وأما النكاح فينعقد على البضع دون الأعضاء ، فإذا وطئها ، فقد تصرف في المعقود عليه ، [فلا تبطل العدة ، فإما إذا باع المبيع من غير المشترى ، فقد تصرف في المعقود عليه] [8] فكان

(١) المدة في العنة مقدرة بسنة ، فإن وصل إليها ، وإلا فرق القاضي بينهما . الاختيار (٣/١١٤) .
(٢) في (ع) : [ثبت] .
(٣) قال السرخسي : « ونقول أكثر ما في الباب أن يثبت أن الطلاق مزيل للملك ، ولكن المزيل متى ظهر وأعقب خيار الاستبقاء في مدة معلومة يكون مستبقيًا للملك بالوطء ، كمن باع أمته على أنه بالخيار ثلاثة أيام ثم وطئها صار بالوطء مستبقيًا للملك بل أولى ، لأن هناك يحتاج إلى فسخ السبب المزيل ، وهنا لا يحتاج إلى رفع الطلاق الواقع . المبسوط (٦/٢١) ، المغني (٨/٤٨٣) .
(٤) انظر : بدائع الصنائع (٣/٢٧٢،٢٨٢) .
(٥) انظر : الهداية (٢/٢٢٠) .
(٦) في (ع) : [البيعة] .
(٧) انظر : الاختيار (٢/١٧) .
(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ومستدرك في الهامش .

فسخًا (١) ، فإذا خالعها فقد أكد المعنى الموجب للعدة وقدره ، فلا يوجب بطلانها (٢) كما لو أخذ البائع زيادة عوض في المتاع (٣) .

٢٤١٢٠ – احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا۟ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾ (٤) فأمر بالرجعة بما يصح الإشهاد عليه ، والوطء لا يشهد عليه (٥) .

٢٤١٢١ – قلنا : قوله تعالى : ﴿ وَأَشْهِدُوا۟ ﴾ (٦) لا يقتضي المقارنة ، فيراجعها بالوطء ، ثم يشهد أنه وطئها (٧) .

٢٤١٢٢ – قالوا : هذا إشهاد على الإقرار بالرجعة ، والله أمر بالرجعة (٨) .

٢٤١٢٣ – قلنا : بل أمر بالإشهاد ، ولم يبين المعنى الذي يشهد (٩) عليه ،

فإن قيل : فأي فائدة في الإشهاد بعد الرجعة

٢٤١٢٤ – قلنا : الفائدة أنه لو لم يشهد حتى انقضت العدة ، ثم ادعى الرجعة لم يقبل قوله ، ويرجع إلى قولها ، فيشهد مع بقاء العدة حتى يصدق في الرجعة (١٠) .

٢٤١٢٥ – قالوا : قال الله تعالى : ﴿ وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ (١١) ظاهره يقتضي أن المعتدة إذا وطئها ثم وضعت حملها بعد الوطء انقضت عدتها (١٢) .

٢٤١٢٦ – الجواب : أن المراد بالآية ﴿ وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ ﴾ (١٣) المعتدات [إذا قاربن] (١٤) أجلهن ونحن لا نسلم أنها بعد الوطء معتدة ، فلا تتناولها (١٥) الآية (١٦) .

٢٤١٢٧ – قالوا : جارية إلى بينونة ، فلم يصح إمساكها بالوطء . أصله : إذا أسلم أحد الزوجين في دار الحرب (١٧) .

---

(١) انظر : الاختيار (١٧/٢) .

(٢) هذا إذا كان الخلع بعد الطلاق الرجعي فإنه يجوز ، ويلزمها الجعل لأن زوال الملك لا يحصل بهذا الطلاق ، لأن الطلاق الرجعي لا يزيل ملك النكاح ، فإنه يعتاض عن ملك قائم له فيصبح كما قبل الطلاق الرجعي . المبسوط (١٧٥/٦،١٧٦) .

(٣) الاختيار (٨/٣) .

(٤) سورة الطلاق : الآية ٢ .

(٥) الحاوي الكبير ورقة ١٣٢ .

(٦) سورة الطلاق : الآية ٢ .

(٧) المبسوط (٢١/٦) .

(٨) الحاوي الكبير ورقة ١٣٢ .

(٩) في (ن) : [شهد] .

(١٠) المبسوط (٢١/٦) .

(١١) سورة الطلاق : الآية ٤ .

(١٢) الحاوي الكبير ورقة ١٣٣ .

(١٣) سورة الطلاق : الآية ٤ .

(١٤) ما بين المعكوفتين ساقط (م) ، (ن) ، (ع) .

(١٥) في (ن) : [يتناولها] .

(١٦) المبسوط (٨٦/٦) .

(١٧) المجموع (٤١١/١٨) .

٢٤١٢٨ - قلنا : يملك الزوج إعادتها بفعله ، كما لو اعتقد الإسلام . ولأن الفرقة في إسلام أحدهما تقع لأجل اختلاف الدين ، والوطء لا يدل على زوال المعنى الموجب للفرقة به بإمساكها [(١)] ، وليس كذلك في مسألتنا ، لأن البينونة تقع بإعراض الزوج عن نكاحها ، وهذا المعنى يزول بالوطء ، فلذلك منع من وقوعه البينونة عليها .

٢٤١٢٩ - قالوا : فعل من قادر عليه بالقول ، فلا تصح به الرجعة ، كما لو قبلها بشهوة ، أو سافر بها [(٢)] .

٢٤١٣٠ - قلنا : لا تأثير لقولكم من قادر في الأصل ، لأن الرجعة كما تقع من القادر تقع أيضًا من العاجز . والمعنى في القبلة بغير شهوة ، والمسافر بهن لا تختص [(٣)] بالنكاح ، فلما لم يختص ذلك بالنكاح لم يستدل به على تبقيته . وليس كذلك الوطء ، لأن استباحته في الحرة تختص بالنكاح ، لأن الإنسان يقبل أمته ، وابنته بغير شهوة ، ويسافر بهن ، فلما لم يختص ذلك بالنكاح لم يستدل به ، والتقبيل بشهوة من خصائص النكاح ، فجاز أن يستدل به على قصد تبقية النكاح ، فوقعت به الرجعة [(٤)] .

٢٤١٣١ - قالوا : حكم من أحكام النكاح ينفرد به الزوج ، فوجب أن لا يصح بغير القول مع القدرة عليه كالطلاق ، والظهار .

٢٤١٣٢ - قلنا : الأصل غير مسلم ، لأن الطلاق والظهار يصحان عندنا بالكتابة ممن يقدر على القول [(٥)] .

٢٤١٣٣ - قالوا : استباحة بضع مقصودة في عينه ، فوجب أن [لا] يصح بالقول مع القدرة / عليه كالنكاح [(٦)] . ٧٢

٢٤١٣٤ - قلنا : هذا على أصلكم أن الطلاق الرجعي يوجب التحريم [(٧)] والرجعة استباحة . ونحن لا نسلم هذا ، ولأن النكاح يصح عندنا بغير القول من القادر إذا تزوج بالكتابة ، وينتقض بمن سبا جارية ليطأها بالتكفير في الظهار [(٨)] .

---

(١) الهداية (٢٢٠/٢) .
(٢) الحاوي الكبير ورقة ٢٢٣ .
(٣) في (ن) : [يختص] .
(٤) المبسوط (٢١/٦) .
(٥) بدائع الصنائع (٢٣١/٣) ، الاختيار (٩٦/٣) .
(٦) المهذب (١٠٣/٢) ، النكت ورقة (٢٢٤،٢٢٣) المجموع (٤١١/١٨) .
(٧) النكت ورقة ٢٢٣ ، المهذب (١٠٢/٢) .
(٨) المبسوط (١٥/٥) .

٢٤١٣٥ – فإن قيل : الكفارة لا يقصد بها الاستباحة ، وإنما يقصد إسقاط الواجب عن ذمته (١) .

٢٤١٣٦ – قلنا : هذا لا يمنع أن يستباح البضع بها ، والمعنى في النكاح أن الاستباحة لما شرط فيه القول ، اعتبر قولهما ، ولما لم يعتبر قولهما في الرجعة دل على أن قول الزوج أيضا ليس بشرط .

٢٤١٣٧ – قالوا : الرجعة إنما تراد (٢) لإصلاح الخلل الداخل في النكاح ، ونفس النكاح لا يقع بالفعل ، كذلك إزالة ما دخله (٣) .

٢٤١٣٨ – قلنا : ابتداء البيع لا يصح بالفعل ، وإزالة الخلل الحاصل فيه إذا باع بشرط الخيار يصح بالفعل ، ولأن العلم الحاصل يزول بقصده إلى تبقية النكاح ، والوطء تصرف في المعقود عليه ، فيدل على قصده إلى تبقية العقد ، كالوطء في البيع المشروط فيه الخيار (٤) .

٢٤١٣٩ – قالوا : الإباحة لو وقعت بالوطء كان الجزء الأول محرمًا ، ثم يباح ذلك بالعدة ، وهذا لا يصح .

٢٤١٤٠ – قلنا : الوطء عندنا مباح ، وإنما تنقطع العدة حتى لا تقع البينونة ، فالجزء الأول يقطع العدة ، ويحل بعده الوطء ، ولا عدة ، كمن باع بشرط الخيار ثم وطئ بالجزء الأول يوجد والبيع قائم لينفسخ فيه البيع (٥) ، وتحصل فيه الوطء ولا بيع . ولو سلمنا أن الوطء محرم لانقطعت العدة في الجزء الأول وزال التحريم بزوال العدة ، فلم (٦) يكن الوطء أباح الوطء ، وإنما أباحه انقطاع العدة الحاصل بالجزء الأول من الوطء .

* * *

---

(١) في (ن) : [دمته] . اعترض المخالف بأن القصد من تكفير المظاهر إسقاط الغرض دون الاستباحة .

(٢) في (ن) : [يراد] .

(٣) هذا الدليل قاله الشيرازي ، ولأن الرجعة لإصلاح النكاح وذلك يختص بالقول فكذلك إصلاحه . النكت للشيرازى ورقة ٢٢٤ .

(٤) المبسوط (٢١/٦) ، الاختيار (١٧/٢) .

(٥) المبسوط (١٢/٦) ، الاختيار (١٧/٢) .

(٦) في (ع) : [يلن] .

وطء المرأة في حال الطلاق الرجعي

٢٤١٤١ - قال أصحابنا : إذا طلق امرأته طلاقا رجعيا ، ثم وطئها ، فلا مهر عليه .

٢٤١٤٢ - وقال الشافعي : إن وطئها ، ولم يراجعها بعد الوطء حتى انقضت عدتها ، فعليه مهر المثل . وإن راجعها بعد الوطء لم يسقط المهر . نص عليه . وقال : إذا أسلم أحد الزوجين وجب عليها العدة ، ووجب عليه المهر ، فإن اجتمعا على الإسلام في العدة سقط المهر فيهما ، [واختلف أصحابه : فقال أبو سعيد الإصطخري : (١)] فيهما قولان (٢) ، وقال غيره : يسقط المهر قولاً واحدًا وفرق بين المسألتين (٣) .

٢٤١٤٣ - وهذه المسألة مبينة عندنا على أن الطلاق الرجعي لا يحرم الوطء ، وإنما الوطء رجعة ، ووطء الزوجة لا يوجب المهر (٤) ، ولأنه يصير مراجعا بالجزء الأول من اللمس ، فيحصل الوطء ، ولا عدة ، فيوجب المهر .

٢٤١٤٤ - ولو سلمنا أن الطلاق يوجب التحريم فإنه تحريم لا يفتقر رفعه إلى تراضيهما ، فصار كتحريم الحيض ، والإحرام فإذا وطئها لم يجب مهر (٥) ، ولأنه طلاق لا يمنع الإرث بحال ، فصار كالطلاق المعلق بشرط (٦) ، ولأن الظهار (٧) يصح فيها ، فلم يجب (٨) بوطئها مهر لغير المطلقة .

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م ، ن ، ع) . وهو : الحسن بن أحمد بن يزيد بن عامر الاصطخرى . روى عن سعدان بن نصر بن أبي غزوة وحنبل بن إسحاق ، وروى عنه الدارقطنى وعمر بن أحمد بن شاهين وغيرهم . قال الخطيب : كان ورعًا زاهدًا ، وكان أبو إسحاق المروزى لا يفتى بحضرته إلا بإذنه . مات عام ٣٢٨ ه انظر : في الأنساب (٢٨٦/١) ، تاريخ بغداد (٢٦٨/٧) ، النجوم الزاهرة (٢٦٧/٣) ، المنتظم (٣٠٢/٦) ، وفيات الأعيان (٧٤/٢)

(٢) أحدهما يجب المهر لأنه وطء في نكاح ، والثاني لا يجب لأن بالرجعة والإسلام قد زال التشعث فصار كما لو لم تطلق ولم يرتد . المهذب (١٠٣،١٠٢/٢) .

(٣) وهو قول أبي العباس وأبي اسحق . المهذب (١٠٣،١٠٢/٢) ، النكت ورقة ٢٢٤ ، روضة الطالبين (٢٢٢،٢٢١/٨) .

(٤) انظر : بدائع الصنائع (١٨٤/٣) .

(٥) انظر : الاختيار (٢١٧،٣٨/١) ، المبسوط (٢٠/٦) .

(٦) المبسوط (٩٧/٦) .

(٧) في (ع) : [الطهار] .

(٨) في (ع) : [يحب] .

٢٤١٤٥ – ولأن الطلاق الرجعي لا يزيل الملك ، فلووجب المهر بوطئها وجب عليه في ملك واحد مهران ، وهذا لا يصح [(١)] .

٢٤١٤٦ – احتجوا : أنه لو لم يراجعها بانت منه بالطلاق ، فصار الوطء بعد البينونة ، فيجب به مهر [(٢)] .

٢٤١٤٧ – قلنا : هذا غلط ، لأن الطلاق لم يُبِنْها عند وقوعه ، وإنما أوجب بينونة بمضي العدة ، وإذا وطئ تبين أنه كان بعده وطء قبله ، كمن قال لها : إذا مضى شهر رمضان فأنت طالق ثلاثا بانقضاء العدة .

٢٤١٤٨ – قالوا : معتدة فوجب بوطئها مهر ، كالبينونة [(٣)] .

٢٤١٤٩ – قلنا : يبطل إذا طلق زوجته ، ثم وطئها فلا مهر عليه مع وجود الوطء في العدة ، ويبطل بمن تزوج أمة فطلقها طلاقا رجعيا ، ثم اشتراها فراجعها [(٤)] .

٢٤١٥٠ – والمعنى في البينونة أن تحريمها لا يرتفع من غير عقد ، فجاز أن يتعلق بوطئها مهر كالأجنبية وهذه ترفع العارض من غير عقد ، كتحريم الحيض والإحرام ، ووطء الزوجة المعتدة [(٥)] .

* * *

(١) انظر : بدائع الصنائع (٣/١٨٦) ، الاختيار (٣/١٠٧) .
(٢) انظر : المهذب (٢/١٠١،١٠٢) ، المجموع (١٨/٤٠٩) .
(٣) انظر : المجموع (١٨/٤٠٩) .
(٤) المبسوط (٦/٢٠،٢١) .
(٥) انظر : المبسوط (٦/٢٠) ، الاختيار (١/٣٨ ، ٢١٧) .

مسألة ١١٦٧

حكم الإشهاد على الرجعة

٢٤١٥١ – قال أصحابنا : الإشهاد على الرجعة مستحب ، وتركه لا يمنع صحة الرجعة .

٢٤١٥٢ – وهو قول الشافعي : في الأم والقديم [1] ، وقال في الإملاء : إن الإشهاد شرط ، وإن لم يشهد لم تصح الرجعة [2] .

٢٤١٥٣ – لنا : قوله تعالى : ﴿ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ ﴾ [3] ، وقال [4] ﴿ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ﴾ [5] ولم يشرط الشهادة [6] ، وقال ﷺ في قصة ابن عمر : « مره فليراجعها » ، ولم يقل : يشهد

٢٤١٥٤ – قالوا : ذكر اللّٰه تعالى النكاح في القرآن ، ولم يذكر الإشهاد ، وهو شرط ، وذكر النبي ﷺ فقال لفاطمة : أنكحي أسامة [7] ولم يشرط الشهادة .

٢٤١٥٥ – قلنا : الظاهر يقتضي صحة النكاح بغير شهود . ولو قالوا : إنه يملك بقوله الطلاق والرجعة [8] لولا أن اللّٰه تعالى ذكر في الآية الأخرى الإشهاد .

---

(١) وهو رواية عن الإمام أحمد انظر : المبسوط (١٩/٦) ، وبدائع الصنائع (١٨١/٣) ، الاختيار (١٠٨/٣) ، بداية المجتهد (١٠٥/٢) ، المغنى ٠ ٤٨٢/٨) ، المبدع (٣٩٢/٧) ، الأم (٢٦١/٥) ، المهذب (١٠٣/٢) .

(٢) وهو رواية عن الإمام أحمد . انظر : المهذب (١٠٣/٢) ، مغنى المحتاج (٢٣٦/٣) ، نهاية المحتاج (٥٩/٧) ، المبدع (٣٩٢/٧) ، المغنى (٤٨٢/٨) .

(٣) سورة البقرة : الآية ٢٢٨ .

(٤) في (ن) : [وقال الشافعي] وهي زيادة .

(٥) سورة البقرة : الآية ٢٢٨ .

(٦) المبسوط (١٩/٦) ، بدائع الصنائع (١٨١/٣) ، بداية المجتهد (١٠٥/٢) .

(٧) هو : أسامة بن زيد بن حارثة بن شراحيل بن وبرة الكلبي ، مولى رسول اللّٰه ﷺ ، روى عن النبي ﷺ ، وروى عنه أبو هريرة وابن عباس وأبو عثمان النهدى وأبو مائل وآخرون ، كان من أصحاب النبي ﷺ الذين اعتزلوا الفتنة . مات سنة ٥٤ على الصحيح ، كما قاله ابن عبد البر الإصابة (٤٩/١) ، الاستيعاب (٧٥/١) أسد الغابة (٧٩/١) .

(٨) اعتراض بأن ذكر الرجعة في القرآن بدون شرط الشهادة وكذا حديث ابن عمر المذكور سابقه ولم يقل فيه « يشهد » منقوض بأن اللّٰه تعالى ذكر النكاح ولم يذكر فيه الإشهاد – وهو شرط – وكذا وردت السنة أحيانًا بذكر النكاح ولم يذكر فيها الإشهاد وهو شرط .

٢٤١٥٦ – قلنا : لما ذكره في موضع لم يكن واجبا . ويدل عليه ما قدمنا عن عمران بن حصين أنه سئل عمن طلق امرأته ، ولم يشهد [ثم وقع عليها ، ولم يشهد على رجعتها] (١) فقال : طلق لغير السنة وراجع لغير السنة . وعن ابن مسعود فيمن طلق امرأته ثم وقع عليها كانت رجعية ، ولا يعرف لهما مخالف .

٢٤١٥٧ – ولأنه حق للزوج ينفرد به فلا يفتقر إلى الإشهاد كالطلاق (٢) .

٢٤١٥٨ – ولا يلزم ابن العم إذا أبان ابنة عمه الصغيرة ، ثم تزوجها ، لأنه حال ما يعقد ليس بزوج . ونحن قلنا : ينفرد به الزوج ، ولأن الرجعة لا تتعلق بها ، فلم يفتقر إلى الإشهاد كالظهار ، ولأنها لا تفتقر إلى قول كالظهار والإيلاء (٣) .

٢٤١٥٩ – ولأن الرجعة رد إلى حالة سابقة ، فلم تفتقر إلى شهادة كفسخ البيع (٤)

٢٤١٦٠ – ولا يلزم تزويج المبتوتة ، لأن التزويج قد يكون ردا ، وقد يكون مبتدأ ، والرجعة لا تقع إلا على وجه الرد ، ولأنه معنى لا مدخل للولي فيه بوجه ، فلا يقف على الإشهاد فيه كالبيع (٥) .

٢٤١٦١ – فإن قيل : النكاح لا يقف على الولي (٦) عندكم .

٢٤١٦٢ – قلنا : للولي فيه مدخل يستحب أن يعقده ويعترض فيه بعدم الكفاءة ولنقصان البدل (٧) ، ولأنه تصرف لا يقف على إذن المولي إذا كان الزوج عبدًا ، فلا يفتقر إلى الإشهاد كالطلاق ، والظهار (٨)

٢٤١٦٣ – احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ﴾ (٩) « الآية » (١٠) .

٢٤١٦٤ – والجواب : أن الواو لا تقتضي المقارنة ، فظاهر الآية يقتضي جواز

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٢) بدائع الصنائع (١٨١/٣) المبسوط (١٩/٦) ، كشاف القناع (٣٤٢/٥) ، المغنى (٤٨٢/٨) .

(٣) بدائع الصنائع (١٧٣،٢٣٤/٣) ، الهداية (١١/٢) .

(٤) المبسوط (١٩/٦) ، المغنى (٤٨٢/٨) ، كشاف القناع (٣٤٣،٢٤٢/٥) .

(٥) المبسوط (١٩/٦) .

(٦) في (ن) : [المولى] .

(٧) المبسوط (٢٨،٢٧/٥) .

(٨) المبسوط (١٩/٦) ، بدائع الصنائع (١٨١/٣) ، المغنى (٤٨٢/٨) ، كشاف القناع (٣٤٢/٥) .

(٩) سورة الطلاق : الآية ٢ .

(١٠) المهذب (١٠٣/٢) ، مغنى المحتاج (٣٣٦/٣) ، نهاية المحتاج (٥٩/٧) .

الإشهاد بعد الإمساك ، وكل من حمل الإشهاد على ما بعد الرجعة جعله استحبابا .

٢٤١٦٥ – فإن قيل : الأمر على الوجوب ، وكل من أوجب الإشهاد قال : يجب أن يقارن .

٢٤١٦٦ – قلنا : الآية مشتركة الدليل ، لأنه ليس في اللفظ مقارنة ، وإن اعتبر الوجوب سقطت المقارنة (١) ، وإن تركنا المقارنة للظاهر سقط الوجوب ، لأن الإشهاد لا يجب بالرجعة (٢) .

٢٤١٦٧ – فإن قيل : أمر اللّٰه بالإشهاد ، ولم يبين كيفية ما يقع الإشهاد عليه . ولأن اللّٰه تعالى أمر بالإشهاد على الفرقة والرجعة ، وقد ثبت أن الإشهاد على المفارقة ، والرجعة استحباب فيستحيل أن يحمل على الوجوب ، لأن اللفظ الواحد لا يحمل على المفارقة المذكورة في الآية ، فله (٣) تركها حتى تنقضي عدتها .

٢٤١٦٨ – قلنا : ذكر المفارقة مضافة إلى الزوج ، وهذا لا يكون إلا بالطلاق ، فأما الفرقة الحاصلة بانقضاء العدة حكما فإضافتها إليه مجاز ، فثبت أن الفرقة هي الطلاق ، والإشهاد إليها أقرب فتناولها أقرب .

٢٤١٦٩ – قالوا : استباحة فرج مقصود ، فوجب أن يفتقر إلى شاهدين . أصله : عقد النكاح (٤) .

٢٤١٧٠ – قلنا : الوصف عندنا مسلم ، لأن الطلاق لا يحرمها ، والبضع مباح ، ولا يقال : إنه يستبيحه بالرجعة ، لأنه يبطل بالتكفير بالظهار فإنه استباحة بضع مقصود .

٢٤١٧١ – فإن قيل : التكفير يستباح به البضع ، والمقصود به إسقاط الغرض ، ولهذا يجوز بعد الطلاق .

٢٤١٧٢ – قلنا : النقض يتبع كمن يكفر عن الزوجة . فلم يقصد به الاستباحة وغيرها (٥) .

---

(١) في (ن) : [الفارقة] .

(٢) المبسوط (١٩/٦) ، بدائع الصنائع (١٨١/٣) .

(٣) في (ع) : [هي] .

(٤) انظر : المهذب (١٠٣/٢) ، مغني المحتاج (٣٣٦/٣) ، نهاية المحتاج (٥٩/٧) .

(٥) وهذا يتصور إذا ظاهرت المرأة من زوجها ، بأن قالت له أنت عليّ كظهر أبي ولا يلزمها شيء عند الشافعية لأنه قول يوجب تحريمًا في الزوجية يملك الزوج رفعه فاختص به الرجل كالطلاق . المهذب (١١٣/٢) .

٢٤١٧٣ - قلنا : إذا طلقها ثم حلف بمراجعتها ، فالمقصود من الرجعة الاستباحة ، والبر في اليمين ، وإذا طلقها حال الحيض ثم راجعها ، والمقصود بالاستباحة ، أن لا يزول الملك بطلاق محرم [١] ، والمعنى في النكاح أنه للولي فيه مدخل شرط فيه الشهادة ، أو نقول : يعتبر فيه الرضا من غير التفسيخ [٢] .

٢٤١٧٤ - فإن قالوا : يبطل بابن عم الصغيرة إذا زوجها .

٢٤١٧٥ - قلنا : النكاح في الجملة يعتبر فيه الرضا ، وههنا أيضا الرضا معتبر ، ولكن تأخر إلى حين القدرة عليه ، ولهذا إذا بلغت كان لها الخيار [٣] .

٢٤١٧٦ - قالوا : تزوج المولى أمته لا يقف على رضاها ، ويفتقر إلى الشهادة [٤] .

٢٤١٧٧ - قلنا : تزويج المولى أمته يفتقر إلى رضى غير المستبيح ، وهو المولى [٥] .

٢٤١٧٨ - قالوا : الشهادة اعتبرت في النكاح ، ليثبت بها عند التجاحد احتياطا للبضع ، وهذا المعنى موجود في الرجعة [٦] .

٢٤١٧٩ - قلنا : هذا غير مسلم ، لأن النكاح ينعقد عندنا بشهادة من لا تثبت بشهادته كالفاسقين وابني الزوج منها [٧] وعلى الأصلين بمن ظاهره العدالة ، ولم تعلم عدالته في الباطن ، وإنما اعتبرت الشهادة ، ليخرج العقد من عين الزنا الذي فعل سرا إلى حين النكاح الذي يعلم [٨] ، وهذا المعنى غير موجود في الرجعة .

* * *

(١) المبسوط (٢١،٢٠/٦) .
(٢) بدائع الصنائع (٢٥٢،٢٥١/٢) .
(٣) الهداية (١٩٩،١٩٨/١) .
(٤) الحاوي الكبير للماوردي ورقة ١٣٨ .
(٥) المبسوط ٣٦١٥ .
(٦) الحاوي الكبير ورقة ١٣٨ .
(٧) المبسوط (٣٣،٣٢/٥) .
(٨) المبسوط (٣١/٥) ، تحفة الفقهاء (١٩٧/٢) ، الهداية (١٩٠/١) .

مسألة ١١٦٨

أقل ما تصدق فيه المرأة المعتدة إذا أخبرت بانقضاء عدتها

٢٤١٨٠ – قال أبو حنيفة ﷺ : أقل ما تصدق فيه المرأة المعتدة إذا أخبرت بانقضاء العدة شهران [١] .

٢٤١٨١ – وقال الشافعي : اثنان وثلاثون يومًا ولحظتان [٢] وهذه / المسألة مبينة على أصول :

٢٤١٨٢ – أحدها : أن أقل الحيض عندنا ثلاثة أيام [٣] ، وعندهم يوم وليلة [٤] .

٢٤١٨٣ – والثاني : أن انقضاء العدة بمضي الحيض [٥] ، وعندهم بالأطهار [٦] .

٢٤١٨٤ – والثالث : أن لا يجعل حيضها أقل الحيض ، وذلك لأنها أمينة فيما تخبر به من انقضاء العدة ، والأمين لا يقبل قوله إذا كذّبه الظاهر [٧] ، كالوصي إذا قال : أنفقت مال الصبي عليه في يوم [٨] واحد ، وإذا كان كذلك لم يجعل حيضها أقل الحيض ليسقط حق الزوج ، ولا أكثر الحيض ، لأن ذلك نادر .

٢٤١٨٥ – ولأنه إسقاط حقها فاعتبر الوسط ليوفى الحقين ، فجعلنا حيضها خمسة أيام ، فإذا كان كذلك حمل الأمر على أنه طلقها أول الطهر ، فاعتبر طهر خمسة عشر يوما ، وطهر خمسة عشر يوما ، وحيض خمسة أيام ، فذلك شهران .

---

(١) هذا في العدة بالإقراء ، وقال أبو يوسف ومحمد : تسعة وثلاثون يومًا . انظر : مختصر الطحاوي ٢٠٦ ، البناية (٤/٦٣١) فتح القدير (٤/١٨٧) .

(٢) مختصر المزني (٨/٣٢٢) ، المهذب (٢/١٤٣) ، مغني المحتاج (٣/٣٣٩) ، نهاية المحتاج (٧/٦٢) .

(٣) وعند أبي يوسف يومان ، والأكثر من اليوم الثالث إقامة للأكثر مقام الكل . الهداية (١/٣٠) .

(٤) قال المزني : وفيه قول آخر : أنه يوم ، فمن الأصحاب من قال : هما قولان ، ومنهم من قال : هو يوم وليلة – قولًا واحدًا . انظر : مختصر المزني (٨/٣٢٢) ، المهذب (١/٣٨) .

(٥) تحفة الفقهاء (٢/٣٦١) ، الهداية (٢/٢٨) .

(٦) مختصر المزني (٨/٣٢٢) ، المهذب (٢/١٤٣) .

(٧) قاعدة : « الأمين لا يقبل قوله إذا كذبه الظاهر » .

(٨) الهداية (٤/٢٦٤) .

٢٤١٨٦ - وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه اعتبر حيضة عشرة أيام ، وطهرا خمسة عشر يومًا ، لأنه اعتبر أقل الطهر ، واعتبر أكثر الحيض حتى يوفى الحقين ، وحمل الأمر على أنه طلقها في آخر الطهر ، لأنه لا ضرورة به إلى إيقاع الطلاق في أول الطهر ، فابتدئ بعشرة أيام حيضًا وخمسة عشر طهرا وعشرةٍ حيضا فذلك ستون يوما (١) ، فأما الشافعي فالعدة تنقضي بالأطهار فيحمل الأمر على أنه طلقها في آخر الطهر ، فيكون الطهر بعد الطلاق ، ويوم وليلة حيضا ، وخمسة عشر يومًا طهرًا ، ويوم وليلة حيضا ، وخمسة عشر يومًا طهرًا ولحظة يسرع فيها في الحيض ، فتنقضي باثنين وثلاثون يومًا (٢) .

* * *

(١) انظر : مختصر الطحاوي ٢٠٦ ، البناية (٦٣١/٤) .

(٢) انظر : المهذب (٣٨/١) ، مغنى المحتاج (٣٣٩/٣) .

مسألة ١١٦٩

الوطء بنكاح فاسد لا يبيح المرأة لزوجها الأول

٢٤١٨٧ - قال أصحابنا : الوطء بنكاح فاسد لا يبيح المرأة لزوجها الأول [١] .

٢٤١٨٨ - وقال الشافعي في - أحد قوليه - : يبيحها [٢] .

٢٤١٨٩ - لنا : قوله تعالى ﴿ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ ﴾[٣] فعلق الإباحة بوجود زوج ، وهذا ليس بزوج ، فلا يقع بوطئه إباحة [٤] ، ولأنه وطء لم يوجبه عقد النكاح ، فلا يبيحها للزوج الأول كوطء المملوك [٥] ، والوطء يشبهه [٦] .

٢٤١٩٠ - ولأنه وطء في غير ملك - كالزنا - [٧] ، ولأنه وطء لا يستقر به المسمى ، كالوطء فيما دون الفرج [٨] .

٢٤١٩١ - قالوا : وطئت ، فالمهر ، والعدة ثبت به السبب بوطء الزوج [٩] .

٢٤١٩٢ - قلنا : يبطل بالوطء بشبهة ، والمعنى في وطء الزوج أنه موجب بالنكاح ، وهذا لا يوجد في مسألتنا .

٢٤١٩٣ - قالوا : مفارقة التحريم بالوطء لا يمنع [١٠] وقوع الإباحة ، كالوطء في حال الحيض ، والمحرمة ، لأن الملك بالنكاح فارقه ، فلذلك وقعت الإباحة .

٢٤١٩٤ - قالوا : روى أن النبي ﷺ قال : « لعن الله المحلل » [١١] فسماه محللا -

(١) انظر : بدائع الصنائع (٢١٨٧/٣) ، الاختيار (١١١/٣) .
(٢) وقال في القول الآخر لا يبيحها .انظر : المهذب (١٠٤/٢) .
(٣) سورة البقرة : الآية ٢٣٠ .
(٤) انظر : الاختيار (١١١/٣) .
(٥) انظر : بدائع الصنائع (١٨١/٣) .
(٦) انظر : بدائع الصنائع (١٨١/٣) ، الاختيار (١١١/٣) ، المهذب (١٠٤/٢) .
(٧) انظر : بدائع الصنائع (١٨١/٣) .
(٨) انظر : الاختيار (٤١/٣) .
(٩) انظر : الحاوي الكبير ورقة ١٤٧ .
(١٠) انظر : في (ع) : [تمنع] .
(١١) أخرجه أبو داود - باب في التحليل - من حديث ابن مسعود . أن رسول الله ﷺ قال : « لعن المحلل والمحلل له (٤٧٩/١) ، والترمذى في جامعه - باب ما جاء في المحلل والمحلل له- وقال : حديث حسن صحيح . عارضة الأحوذى (٤٤،٤٣/٥) ، والنسائي في سننه - باب الحلال المطلقة ثلاثا - (١٢٧،١٢١/٦) . وابن ماجة في سننه - باب المحلل والمحلل له (٦٢٢/١) ، والدارمي - باب في النهى عن التحليل (١٥٨/٢) وأحمد في المسند (٨٣/١) والحاكم في المستدرك - باب لعن الله المحلل والمحلل له (١٩٨/٢) .

وإن كان عقده فاسدًا [١] .

٢٤١٩٥ – قلنا : النكاح بشرط التحليل صحيح عندنا ، وإن نهى عنه والمنهي عنه لا يوجب الفساد [٢] .

* * *

(١) انظر : المهذب (١٠٤/٢) .

(٢) انظر : بدائع الصنائع (١٨٧/٣ ، ١٨٨) .

مَوْسُوْعَة

القواعد الفقهية المقارنة

المسمَّاة

التجريد

كتاب الإيلاء

مسألة (1) ١١٧٠

الرجل إذا آلى من امرأته ولم يفئ إليها في مدة أربعة أشهر

٢٤١٩٦ - قال أصحابنا [رحمهم الله] : إذا آلى من امرأته ولم يفء (2) إليها في الأربعة أشهر بانت منه بمضيها (3) .

٢٤١٩٧ - وقال الشافعي [رحمه الله] (4) : « إذا طالبت المرأة بعد المدة التي وقفه الحاكم (5) في قوله الجديد (6) وفي قوله القديم : يحبسه الحاكم حتى ....

(1) الإيلاء لغة : مصدر آلى يولي وألية كأعطى ويعطي وإعطاء ، وعطية ، معناه الحلف أو اليمين . انظر : لسان العرب (٥٨/٢) ، المصباح المنير (٢٠/١) .

(2) الفيء من فاء ، يفيئ معناه في اللغة رجع إليه ، وفاءه غيره رجعه ، ويقال فاء الظل إذا رجع . انظر : لسان العرب (١٢٦/١) ، المصباح المنير للرافعي (٦٦٦/٢) . ويقصد بالفيء في الشرع : الجماع في الفرج . وسمي الوطء فيئًا لأنه امتنع ثم رجع . قال ابن المنذر : أجمع كل من تحفظ عنه من أهل العلم أن الفيء الجماع . انظر : المبسوط (٢٠/٧) ، بدائع الصنائع (١٩٥٦/٤) ، المغني (٣٢٤/٧) .

(3) مراد المصنف أنه بمضي المدة في الإيلاء تقع فرقة بينهما طلاقًا بائنًا ، راجع هذه المسألة في الجامع الصغير صـ٦٨ ، مختصر الطحاوي صـ٢٠٧ ، المبسوط للسرخسي (٢٠/٧) ، بدائع الصنائع (١٩٦/٤) ، شرح فتح القدير (٤٢/٤) ، البناية شرح الهداية (٢٧٠/٥) ، اللباب (٥٢٢/٣) .

(4) هو الإمام عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع القرشي المطلبي ، الشافعي الحجازي المكي ، أبو عبد الله ، أحد الأئمة الأربعة عند أهل السنة وإليه تنتسب الشافعية ، ولد بغزة بفلسطين سنة ١٥٠هـ ، وحمل إلى مكة وهو ابن سنتين فنشأ بها وبمدينة الرسول ﷺ ، وتعلم القرآن على سفيان بن عيينة ، ثم خرج إلى المدينة ، فقرأ على مالك بن أنس الموطأ وحفظه ، ثم دخل بغداد وأقام بها سنتين وصنف بها كتبه القديمة ، ثم عاد إلى مكة سنة ١٩٩ ، ثم عاد إلى بغداد فأقام بها شهرًا ثم خرج إلى مصر وصنف كتبه الجديدة ، وأقام بها إلى أن مات ، ودفن فيها ، وكان موته ليلة الجمعة آخر ليلة من رجب من تصانيفه : المسند في الحديث ، أحكام القرآن ، الرسالة وغيرهم ، توفي سنة ٢٠٤هـ . انظر : معجم المؤلفين (١١٦/٣) ، الجرح والتعديل (٢٠١/٧ - ٢٠٤) ، وسير أعلام النبلاء (٥/١٠ - ٩٩) ، تقريب التهذيب (١٤٣/٢) .

(5) المراد بالوقف أي المطالبة بعد انتهاء مدة الإيلاء فالخيار فيه ، بين أن يفيء إليها وبين أن يطلق .

(6) الجديد : ما قاله الشافعي في مصر ، وأشهر رواته البويطي ، والمزني ، والمرادي ، وحرملة ، والخيري ، ومن أشهر كتبه كتاب الأم ، والقديم هو ما قاله الشافعي في العراق قبل انتقاله إلى مصر ومن أشهر رواته أحمد بن حنبل ، والزعفراني ، وأبو ثور ، ومن أشهر كتبه الحجة ، وقد رجع الإمام الشافعي عن القديم ، وقال لا يحل عدا القديم من المذهب إلا في مسائل أفتى فيها أصحاب الشافعي على القديم ، والفتوى في المذهب على الجديد . وإذا كان في المسألة قولان فالجديد هو الصحيح وقد استثنى بعض الأصحاب بعض المسائل ، وقالوا =

يطلق [١] .

٢٤١٩٨ – لنا : قوله تعالى : ﴿ لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ﴾ [٢] .

٢٤١٩٩ – ووجه الاستدلال من الآية أن الفيء في المدة مراد بالإجماع [٣] ، لأن عند مخالفنا إن وطئها فيها سقط الإيلاء وإذًا نقضي أنه مراد ، ثم زعم مخالفنا أن الفيء بعد المدة مراد أيضًا [٤] لم نسلم [٥] ذلك بغير دليل ، ونثبت حكم الفيء في المدة خاصة [٦] ، وقد جعله اللّٰه تعالى عقيب ذكر التربص [٧] ، وهذا إنما يكون مع بقاء المدة دون مضيها [٨] .

= الفتوى فيها على القديم . انظر : المجموع للنووي (٦٥/١ ، ٦٦) ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص٢٩٩ .

(١) القديم في المذهب أنه إذا آلى من امرأته وامتنع ولم يفء ولم يطلق بعد المدة أن الحاكم لا يطلق عليه ، وعلى هذا يحبس حتى يطلق أو يفئ . ودليل القديم قوله ﷺ : « الطلاق لمن أخذ بالساق » ولأن ما خير فيه الزوج بين أمرين لم يقم الحاكم فيه مقامه ، كما لو أسلم وتحته أختان ، وأما الجديد فإن الحاكم يطلق عليه . وقد ذكر المصنف أدلة الجديد وستأتي . انظر : الأم (٢٦٩/٥) ، المهذب (١٤١/٢) ، شرحه (٣٢٢/١٦) ، روضة الطالبين وعمدة المفتين (٢٥٥/٨) ، كفاية الأخيار (١١٢/٢ ، المنهاج في شرح مغني المحتاج (٣٤٣/٣) . بداية المجتهد (٩٩/٢) ، حاشية الدسوقي (٤٢٥/٣) ، الشرح الصغير للدردير (٦٢٩/٢) ، المغني لابن قدامة (٣٢٢/٧) .

(٢) سورة البقرة : الآية ٢٢٦ .

(٣) الإجماع هو : اتفاق أهل الحل والعقد من أمة محمد ﷺ في عصر من العصور على أمر من الأمور . انظر : شرح البدخشي لمنهاج الوصول (٣٧٧/٢) ، وما بعدها .

(٤) أي : أن الفيء إذا وقع في المدة فإنه جائز عند الجميع من غير اختلاف في جوازه ، إلا أنه إذا وقع في المدة فقد سقط حكم الإيلاء الذي من قصده الطلاق . فلم يقع الطلاق بوقوع الفيء فيها . إلا أنهم رغم اتفاقهم فيه فإنهم اختلفوا عليه في اعتبار وقوع الفيء في المدة . حيث يرى الحنفية أن هذه المدة مدة الاختيار بين أن يفيء وبين أن يستمر الإيلاء الذي من قصده الطلاق ، وعند غير الحنفية أن الفيء في المدة يقع في الوقت الجائز لأن الاختيار عندهم لا يكون بعد المدة . انظر : شرح فتح القدير (٤٢/٤) ، الهداية شرح بداية المبتدئ (١١/٢) ، حاشية ابن عابدين (٤٢٧/٣) ، المهذب (١٤٦/٢) ، مغني المحتاج (٣٤٩/٣) ، كفاية الأخيار (٤٨٠/٢) ، المدونة الكبرى ٨٤ ، الشرح الصغير (٦٢٠/٢) ، كشاف القناع على متن الإقناع (٣٦٢/٥) ، المغني لابن قدامة (٣١٩/٧) .

(٥) في (م) ، (ع) : [يسلم] وما أثبتناه من (ص) . وهي في (ص) : [نم] اختصار [نسلم] أو [ينمُ] .

(٦) أي : لا نسلم أن الفيء بعد المدة ، وأن له الخيار بعدها بين أن يفيء أو أن يطلق ، وهذا لا يجوز ، لأنه لا يوجد دليل يدل على ذلك ، وكذلك لا يوجد دليل يدل على نفي الفيء في المدة .

(٧) التربص معناه : الانتظار والتأني والتأخر . انظر : لسان العرب (٣٩/١٠) ، المصباح المنير للرافعي (٢٣٩/١) ، تكملة المجموع (٣٠١/١٦) .

(٨) انظر : بدائع الصنائع (١٩٦٤/٤) ، تحفة الفقهاء (٣١١/٢) .

٢٤٢٠٠ - وفي قراءة ابن مسعود ، فإن فاءوا فهن [١] ، وهذه التلاوة حكمها ثابت ، فدل أن الفيء المذكور في المدة [٢] .

٢٤٢٠١ - فإن قيل : « هذه زيادة في حكم القرآن [٣] بخبر الواحد [٤] ولا يجوز عندكم » [٥] .

٢٤٢٠٢ - قلنا : « هذه القراءة قد نقلت إلى زمن أبي حنيفة [٦] نقل استفاضة » [٧] ، ولأن ظاهر الآية عند مخالفنا يقتضي الفيء في المدة وبعدها ، بدلالة أنه يصح الفيء

---

(١) انظر : تحفة الفقهاء (٣١١/٢) ، بدائع الصنائع (١٩٦٤/٤) .

(٢) انظر : بدائع الصنائع ١٢٩٦٣/٤ ، المبسوط للسرخسي ٢٠/٧ .

(٣) إن الفيء في المدة ما روى ابن مسعود فيهن ، زيادة على الدليل ، لأن الظاهر في الآية تدل على مضي المدة ، وذلك عقيب التربص بفاء التعقيب فدل على تأخرها . انظر : شرح المهذب (٣٠٢/١٦) .

(٤) خبر الواحد هو : ما يرويه شخص واحد . وفي الاصطلاح : هو الخبر الذي لم تبلغ نقلته في الكثرة مبلغ التواتر سواء كان المخبر واحد ، أو اثنين أو ثلاثة ، أو أربعة ، أو خمسة إلى غير ذلك من الأعداد التي لا تشعر بأن حيز المتواتر فكل ما ليس متواترًا يحكم عليه بأنه حديث خبر أحاد ، ومن أقسامه المشهور ، والعزيز ، الغريب . انظر : قواعد التحديث للقاسمي ١٢٩ ، توجيه النظر ٣٣ .

(٥) أي : أن خبر الواحد يوجب العلم والعمل معًا وقد ذكر هذا القول أحمد بن خويز منداد عن مالك بن أنس ، وقال الحنفيون والشافعيون وجمهور المالكيين أن خبر الواحد لا يوجب العلم ، ومعنى هذا عند جميعهم أنه قد يمكن أن يكون كذبًا . انظر : الإحكام في أصول الأحكام (٤٧/٢) ، الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم (١١٩/١) .

(٦) هو : أبو حنيفة النعمان بن ثابت بن طاووس بن هرمز ، الكوفي ، التيمي عالم العراق ، ولد ﷺ سنة ثمانين في حياة صغار الصحابة ، روى عن : عطاء بن رباح ، وعن الشعبي ، وعن طاووس ، ولم يصح ، وعن غيرهم ، وحدث عنه : خلق كثير منهم : إبراهيم بن طهمان ، وأسد بن عمرو البجلي ، وغيرهما ، قيل ليحيى ابن معين : أبو حنيفة كان يصدق في الحديث ، فقال : نعم صدوق . وكان شعبة أول من تكلم في الرجال ، وكان حسن الرأي في أبي حنيفة ، وكان ﷺ ورعًا تقيًا ، ضرب غير مرة على أن يلي القضاء فلم يجب ، قال الإمام الشافعي عنه : الناس في الفقه عيال على أبي حنيفة ، ومن آثاره : الفقه الأكبر في الكلام ، والمتعلم في العقائد ، والرد على القدرية ، وغيرها ، توفي ﷺ في سنة خمسين ومائة وله سبعون سنة ، وعليه قبة عظيمة ومشهد فاخر ببغداد . انظر : الجواهر المضية في طبقات الحنفية (٤٩/١) ، سير أعلام النبلاء (٥٢٩/٦) ، معجم المؤلفين (٣٢/٤) .

(٧) أي : نقلًا مشهورًا أو أن الاستفاضة اسم للحديث المشهور ، وهو ما له طرق محصورة بأكثر من اثنين ولم يبلغ حد التواتر ، إذ إن أقل ما ثبت به الشهرة ثلاثة ، وحديث مشهور أو مستفيض من أقسام الآحاد . انظر : كتاب نزهة النظر بشرح نخبة الفكر ١٠ ، قواعد التحديث ١٢٤ ، وإرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول للشوكاني (٢١٢/١) .

فيها[١] ، فهذه القراءة تخصيص للظاهر ، وذلك يجوز بخبر الواحد[٢] .

٢٤٢٠٤ – فإن قيل : الآية تقتضي الفيء بعد المدة ، فإن وطئ ، فقد عجل ما لم يكن مستحقًّا عليه ، كمن عجل[٣] بالدين[٤] المؤجل لازم[٥] بالعقد[٦] ، ولولا ذلك لبطل البيع[٧] ؛ لأنه لو قال : بعتك بألف لا يلزمني إلا بعد شهر لم يصح البيع[٨] .

٢٤٢٠٥ – فإذا كان الثمن لازمًا فمتى عجل فقد أسقط الأجل ؛ فصار الثمن[٩] هو الموجَبُ بالعقد ، كذلك في مسألتنا .

٢٤٢٠٦ – قلنا : « إنهما يختلفان في أن مضي المدة يفوت الفيء ؛ لأنه يحصل عزيمة الطلاق ، ومضي المدة في الأجل لا يفوت الثمن معه[١٠] .

٢٤٢٠٧ – قالوا : الفاء للتعقيب[١١] ، فيجب أن يكون عقيب الحكم الذي قبله[١٢] ، كقوله تعالى : ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۗ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَآ أَن يَتَرَاجَعَآ ﴾[١٣] .

---

(١) انظر : المهذب (١٤٠/٢) .

(٢) أي : أن قراءة ابن مسعود تخصص الآية العامة التي تجوز الفيء في المدة وبعدها ، والخبر يجوز الفيء في المدة فقط لا بعدها ، وهذا تخصيص لعموم الآية بخبر الواحد وهو جائز . انظر : الإحكام في أصول الأحكام للآمدي (٤٧٢/٢) .

(٣) أي : أسرع وحضر . انظر : المصباح المنير ٥٣٨ .

(٤) الدين هو : القرض يقال : دِنْتُهُ أي أقرضته ، ودنته استقرضت منه . انظر : المصباح المنير ٢٠٥ .

(٥) هو : ما لا خيار فيه بعد وجود شرطه . انظر : شرح فتح القدير (٤٩٨/٥) ، حاشية الدسوقي (٣/٣) .

(٦) انظر : حاشية ابن عابدين (٩/٣) ، فتح القدير (٣٤١/٢) ، حاشية الدسوقي (٥/٣) .

(٧) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٨) البيع لغة : من باعه يبيعه بيعًا ومبيعًا والقياس مباعًا إذا باعه وإذا اشتراه ضد . وشرعًا : مبادلة المال بمال تمليكًا واشتقاقه من الباع ، وقال البعض : هو الإيجاب والقبول إذا ضمن عيني التمليك . انظر : المصباح المنير (٩٦/١) ، المغني لابن قدامة (٥٥٩/٣) . (٩) ساقطة من (ص) .

(١٠) قياس الفيء المعجل على الدين المعجل مع الفرق لأن المدة إذا مضت لا تكون محلا للفيء بخلاف الدين إذا مضت المدة فإن الثمن ثابت لازم ، فكان قياس الفيء على الدين قياس مع الفارق فلا يجوز . انظر : المبسوط للسرخسي (٢٠/٧) ، الهداية (١٢/٢) .

(١١) التعقيب معناه : مؤخر القدم ، أن يجئ الشيء بعقب الشيء أي متأخرا عنه . انظر : المصباح المنير ٥٧٣ .

(١٢) انظر : المجموع (٣٠٢/١٦) ، الحاوي الكبير (٣٤١/١٠) .

(١٣) سورة البقرة : الآية ٢٣٠ .

٢٤٢٠٧ - قلنا : قال الله تعالى : ﴿ وَأَتِمُّوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ فَإِنْ أُحْصِرْتُمْ فَمَا اسْتَيْسَرَ ﴾ (١) والمراد بالإحصار (٢) قبل إتمامها ، فلم تفد الفاء هاهنا التعقيب ، وكذلك قوله تعالى : ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ﴾ إلى قوله : ﴿ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ مِنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ ﴾ (٣) ، وذلك يفيد قبل مضى المدة وبعدها (٤) ، ونظائر هذا في القرآن كثير ، فأما الآية التي ذكروها فلم تثبت الحكم الذي ذكروه بالفاء ، لكن جعل طلاق الزوج الثاني شرطًا في الإباحة ، فلا يجوز أن يتقدم الرجل الشرط ، يبين ذلك أن الله تعالى ملك المولى التربص ؛ فصار بمنزلة قولك المال (٥) إن أنفقه ليسعد به ، وإن أمسكه شقي به (٦) .

٢٤٢٠٨ - والإنفاق (٧) يكون مع بقاء الملك لا بعد زواله ، كذلك الفيء في مسألتنا في حال تملك التربص لا بعد زواله ، فإذا ثبت بها قدمنا أن الفيء في المدة ، فإذا مضت

---

(١) سورة البقرة : الآية ١٩٦ .

(٢) الحصر في اللغة : الحبس والتضييق ، وأحصره المرض منعه من السفر ، انظر : لسان العرب (١٦/١٩٣) ، المصباح المنير ١٩٠ . وقد اختلف الفقهاء في معنى الإحصار في الآية ، قال أبو حنيفة ﷺ : المحصر من يصير ممنوعًا من مكة بعد الإحرام ، بمرض أو عدو أو غيره ، وقال مالك : الإحصار يطلق على ما يعم المنع من عدو أو من غيره بقرينة قوله تعالى : ﴿ فَإِذَا أَمِنتُمْ ﴾ ، فإنه ظاهر في أن المراد الأمن من خوف العدو ، وقال الشافعي وأحمد : هو حصر العدو ونحوه . والأظهر هنا أن المحصر هو الممنوع من الحج بأي نوع امتنع لعموم الآية . انظر : اللباب ٢١٢ ، بداية المجتهد (١/٢٥٩) ، المهذب (١/٣١١) ، المغني (٢/٣٥٦) .

(٣) سورة البقرة : الآية ٢٣٣ .

(٤) بخلاف الفاء الموجودة في قوله تعالى ﴿ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا ﴾ فإنها تفيد قبل مضي المدة وبعدها ، لأن السبب متقدم على المسبب ، وقال صاحب التلويح على التوضيح : التحقيق أن التعقيب بأن ما بعد الفاء علة باعتبار معلول ودخول الفاء عليه باعتبار المعلولية لا باعتبار العلية (١/١٩٧) . انظر : ابن عابدين (٣/٤٢٤) ، بدائع الصنائع (٤/١٩٦٤) ، شرح فتح القدير (٤/٤٢) ، التلويح على التوضيح (١/١٩٧) .

(٥) مَال الرجل مَوْلًا أي : صار ذا مال ، والمال في الأصل ما يملك من الذهب والفضة ، ثم أطلق على كل ما يقتني ويملك من الأعيان . انظر : لسان العرب (٦/٤٣٠٠) .

(٦) اعتراض المخالف : بالزيادة على مدة التربص ، مردود عليه بأن المدة لتقدير مطالبة الفيئة وبأن جواز الفيئة فيها دليل على استحقاقها فيه فهو باطل بالدين المؤجل يجوز تقديه قبل أجله ولا يدل على استحقاقه فيه . انظر : الحاوي (١٠/٣٤٢) .

(٧) النفقة لغة : مشتقة من النفوق ، وهو الهلاك ، نفقت الدابة نفوقًا ماتت وهلكت ، أو من النفاق وهو الرواج ، انظر : لسان العرب (١٤/٢٥٨) . وشرعًا هو : الإدرار على الشيء بما فيه بقاؤه . انظر : حاشية ابن عابدين (٣/٥٧٢) ، الشرح الصغير (٢/٧٢٩) ، مغني المحتاج (٢/٤٢٥) .

فات الفيء ؛ فتعين عليه عزيمة الطلاق ، فوقع بمضيها [١] ؛ لأن من جعل له أحد أمرين ، فإذا فات أحدهما تعين الآخر ، ويدل عليه أن الله تعالى جعل للمؤلي أحد أمرين : إما الفيء ، أو عزيمة الطلاق ، فالظاهر أنه ليس هناك حكم آخر [٢] ، فمن زعم أن الحكم يقف على مطالبة المرأة بعد المدة ، حتى إن تركت المطالبة لم يقع شيء [٣] ، وأن الحاكم يطلق إن امتنع الزوج عن الفيء ، أو يحبسه ، فقد زاد في حكم الآية بغير دليل [٤] .

٢٤٢٠٩ - ويدل عليه ما روي عن ابن عباس [٥] أنه قال : عزيمة الطلاق انقضاء أربعة

---

(١) أي : إذا كان الفيء يتوصل إليه بعد المدة يكون الفيء بعد التربص ، وإذا كان بعد التربص فلا يجوز ، لأنه وقع بعد زوال الملك والتصرف بالفيء بعد زوال الملك لا يجوز . انظر : شرح فتح القدير (٤٢/٤) ، الاختيار (١٥٢/٣) ، بدائع الصنائع (١٩٦٣/٤) .

(٢) الظاهر أن الآية لا تدل على حكم غير حكم الفيء ، أو عزيمة الطلاق ، فلا تدل إذا كان كذلك إلى الوقف أو المطالبة كما قال المخالف .

(٣) قال الشافعي : إن للمرأة بعد المدة إما الفيء وإما الطلاق ، وبه قال الإمام مالك وأحمد ، بينما قال الحنفية : لا مطالبة لها بعد المدة ، وإنما يقع الطلاق بمضيها ؛ لأن الفيء في المدة ، فإذا فاء فيها فقد تحقق القصد من الإيلاء وهو الطلاق ، أما المطالبة فإنها تكون قبل مضي المدة ، لقراءة ابن مسعود (فإن فاءوا فيهن) وذهب الإمام الشافعي أن الزوج لا يطالب بالفيء قبل مضي أربعة أشهر لقوله تعالى : ﴿ لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ﴾ وبه قال الإمام مالك والإمام أحمد ، فإذا تركت المطالبة بعد وجوبها على من قال لها المطالبة فإنه لا يسقط حقها ، ولها المطالبة متى شاءت . إلا عند الإمام أحمد فعنه وجهان : أحدهما : يسقط حقها ، وليس لها المطالبة بعده . والثاني : لا يسقط حقها ، ولها المطالبة متى شاءت ، وذلك لأن المطالبة إنما ثبتت لرفع الضرر ، فكان لها الرجوع كما لو أعسر بالنفقة . انظر : بدائع الصنائع (١٩٦٢/٤) ، شرح فتح القدير (٤٣/٤) ، الأم (٣٦٩/٥) ، شرح المهذب (٣٢٣/١٦) ، المدونة الكبرى (٨٤/٥) ، الشرح الصغير (٦٢٠/٢) ، حاشية الدسوقي (٤٢٨/٣) ، كشاف القناع على متن الإقناع (٣٦٢/٥) ، المغني لابن قدامة (٣٢٢/٧) .

(٤) روضة الطالبين وعمدة المفتين (٢٥٥/٨) ، تكملة المجموع (٣٣٠/١٦) .

(٥) هو : عبد الله بن عباس بن عبد المطلب ، حبر الأمة ، وفقيه العصر ، وإمام التفسير ، وابن عم رسول الله ﷺ كان مولده بشعب بني هاشم قبل الهجرة بثلاث سنين . حدث عن : النبي ﷺ وعن عمر بن الخطاب ، وطائفة من الصحابة وحدث عنه : ابنه علي ، وعكرمة ، وعروة بن الزبير ، وغيرهم كثير ، انتقل ابن عباس مع أبويه إلى دار الهجرة سنة الفتح ، وقد أسلم قبل ذلك ، وتوفي النبي ﷺ وهو ابن عشر سنين ، وكان ﷺ أبيض طويلًا مشربًا ، بصفرة ، جسيمًا ، صحيح الوجه ، دعا له النبي ﷺ بالحكمة فقال له : « اللّهم فقهه في الدين وعلمه التأويل » قال عنه مجاهد : « ما رأيت قط مثل ابن عباس ، وإنه لحبر هذه الأمة » ، مسنده ألف وستمائة وستون حديثًا ، وله من ذلك في الصحيحين خمسة وسبعون ، وتفرد البخاري له بمائة وعشرين =

أشهر لا فيء فيها [1] ؛ فإما أن يكون هذا الاسم لغةً أو شرعًا [2] ؛ فإن كان لغةً فهو حجة منها ، وإن كان شرعًا فإنما الشرع يؤخذ من صاحب الشرع ، وإذا ثبت أن مضى الأشهر من غير عزيمة الطلاق استحال إن ثبت الفيء بعدها ؛ لأن وجود عزيمة الطلاق يتبع بقاء حكم الفيء ، إذا لم يجعل الله تعالى له الأمرين ، وإنما جعل له أحدهما .

٢٤٢١١ - ويدل عليه قوله تعالى : ﴿ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ ﴾ [3] ، والعزم فعل القلب [4] ، فالظاهر أن عزيمة الطلاق هو فعل من جهة الزوج [5] ؛ فوصف أنه من أفعال القلوب ، وعندهم هو إيقاع الطلاق ، والايقاع ليس بعزيمة [6] .

٢٤٢١٢ - احتجوا : من الآية أن الله تعالى جعل للمؤلي الأجل ، فيما عليه من إبقاء الحق ، والأجل إذا كان لمن عليه الحق كان استحقاق إيفاء الحق ، وتوجُهِ المطالبة عليه بعد انقضائه كآجال الديون [7] .

٢٤٢١٣ - قالوا : وهذا دليل الشافعي [8] .

٢٤٢١٤ - قلنا : لم يجعل الله تعالى للمؤلي الأجل ، وإنما جعل له التربص في مدة

= حديثًا ، وتفرد مسلم بتسعة أحاديث . توفي ﷺ سنة ثمان أو سبع وستين . انظر : أسد الغابة (٣/٢٩٠) ، سير أعلام النبلاء (٤/٤٣٩) .

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى « باب من قال عزم الطلاق انقضاء الأربعة أشهر » (٧/٣٧٩) ، وابن أبي شيبة في المصنف كتاب الإيلاء (٥/٤١٢) .

(٢) أي : أن قول ابن عباس يبين أن الطلاق يقع بعد أربعة أشهر بشرط أن لا يقع الفيء في المدة ويعتبر هذا الكلام لغة إذا كان من كلام ابن عباس نفسه ، ويعتبر شرعًا إذا كان هذا التعبير من تعبير الشرع . وإذا كانت هناك رواية أخرى مثل ما جاء عن رواية ابن عمر وابن عباس أيضًا أنهما قالا : إذا آلى فلم يفيء حتى مضت أربعة أشهر فهي تطليقة بائنة . انظر : فتح الباري (١٠/٥٣٣) ، شرح فتح القدير (٤/٤٥٠) .

(٣) سورة البقرة : الآية ٢٢٦ .

(٤) انظر : بدائع الصنائع (٤/١٩٦٣) ، لسان العرب (٤/٢٩٣٢) .

(٥) انظر : حاشية ابن عابدين (٣/٤٢٣) .

(٦) أي : أن الطلاق الذي يقع في الإيلاء من فعل الزوج ، وهو عزيمة عند الحنفية ، بينما قال المخالف : إنه إيقاع وليس بعزيمة ، انظر : بدائع الصنائع (٤/١٩٦٣) ، الأم للشافعي (٥/٢٦٩) ، المهذب (٢/١٤٠) .

(٧) أي : استدل المخالف بأن الرجل لما آلى من امرأته انتظرناه أربعة أشهر ، وهذه المدة أجل له وليس له وفاء حقه حتى يأتي أجله وهو بعد أربعة أشهر وإذا أتى أجله فله وفاء حقه ، وذلك بأن توجه المطالبة إليه كأجل الديون . انظر : مغني المحتاج (٣/٣٤٨) ، زاد المحتاج شرح المنهاج (٣/٤٤٤) ، كفاية الأخيار (٢/١١١٠) .

(٨) انظر : الأم للشافعي (٥/٢٧١) ، مغني المحتاج (٣/٣٤٨) ، كفاية الأخيار (٢/١١١) .

تنتهي بمضيها [١] ؛ فمن زعم [٢] أن هناك تربصًا بعد مضيها لوقف فيه فهو مخالف للظاهر . فأما الأجل فإنه يدخل لتأخر الحق الواجب [٣] ، فإذا ذهب الأجل بقي الوجوب بمقتضى [٤] العقد [٥] ، ونظيره في مسألتنا مدة الخيار المضروبة (للارتياء) ، فإذا فات تم العقد ، ولم يثبت بعدها تخيير [٦] .

٢٤٢١٤ – قالوا : قال ابن سريج [٧] قوله تعالى : ﴿ وَإِنْ عَزَمُوا۟ ٱلطَّلَٰقَ فَإِنَّ ٱللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴾ [٨] يدل على أن الطلاق يقع بلفظ مسموع [٩] .

٢٤٢١٥ – قلنا : اللّٰه تعالى موصوف في الأزل [١٠] بأنه سميع ، وإن لم تكن

---

(١) انظر : بدائع الصنائع (١٩٥٣/٤ ، ١٩٥٤) ، شرح فتح القدير (٤٧/٤) ، وقال صاحب شرح فتح القدير : لم تفد الآية أن يكون أربعة أشهر فصاعدًا ، بل خص بالأربعة مدة التربص وأطلق الحلف .

(٢) في باقي النسخ (جعل) .

(٣) لغة : السقوط ومنه وجبت الشمس ، ويراد به أيضًا الثبوت والاستقرار . القاموس المحيط (١٣٦/١) . وشرعًا : هو الفعل الذي طلبه الشارع طلبًا جازمًا . الإحكام للآمدي (١١٤/١) .

(٤) ما يترتب على العقد من أثر .

(٥) انظر : حاشية ابن عابدين (٩/٣) ، شرح فتح القدير (٣٤١/٢) ، حاشية الدسوقي (٥/٣) .

(٦) أي إذا ذهب الأجل يرجع الواجب بمقتضى العقد ، وذلك مثل الخيار ، فإذا فات الخيار تم العقد ولم يكن بعدها تخيير ، فإذا ثبت هذا فيكون الإيلاء طلاقا بمضي المدة ، لا فيء بعدها . انظر : بدائع الصنائع (١٩٦٢/٤) .

(٧) هو : أحمد بن سريج القاضي ، أبو العباس البغدادي ، شيخ المذهب الشافعي ، ولد سنة بضع وأربعين ومائتين ، سمع من الحسن بن محمد الزعفراني ، وعباس بن محمد الدوري ، وأبي أيوب السجستاني ، وغيرهم . وروى عنه : أبو القاسم الطبراني ، وأبو الوليد حسان بن محمد الفقيه ، وغيرهما ، كان ﷺ يفضل على جميع أصحاب الشافعي ، حتى المزني . قال عنه أبو حفص المطوعي : ابن سريج سيد طبقته بإطباق الفقهاء ، وأجمعه للمحاسن باجتماع العلماء ، كان له مصنفات كثيرة يقال إنها بلغت أربعمائة مصنف ، منها : كتاب الخصال ، والرد على ابن داود في القياس ، توفي سنة ست وثلاثمائة . انظر : طبقات الشافعية (٢١/٣) ، سير أعلام النبلاء (٢٤٥/١١) .

(٨) سورة البقرة : الآية ٢٢٧ .

(٩) أي : احتج الشافعية بقوله تعالى : ﴿ وَإِنْ عَزَمُوا۟ ٱلطَّلَٰقَ ﴾ إلى آخر الآية ، ووجه الاستدلال في هذه الآية تدل على أن الطلاق في الإيلاء لابد فيه من النطق ، ويكون ذلك من كلام الزوج بعد مطالبة المرأة إذا اختار الزوج الطلاق ، واعترض بكون الطلاق بمضي المدة لأن مجرد المضي لا يسمع ، فإذا كان كذلك فلا يصح الطلاق بالمضي ، وإنما لابد فيه من كلام مسموع ، انظر : الأم (٢٧١/٥) ، الحاوي الكبير (٤٣٢/١) .

(١٠) الأزل هو نفي الأولية أو عدم الأولية ، والأزلي هو ما ليس له أول ويتصف به الموجود كالباري تعالى وصفاته ، إذ ليس له أول ، كما يتصف به المعدوم ، إذ إن من أفراد الأزلي عدمنا الأزلي لأنه ليس له أول ، وهو لم ينقطع ، وإنما المنقطع عدمنا فيما لا يزال إذا انقطع بوجودنا . انظر : الاقتصاد في الاعتقاد للإمام الغزالي ٢١٤ .

المسموعات [١] ، فوصفه بأنه مستمع في حال الإيلاء لا يدل على معنى يستمع [٢] .

٢٤٢١٧ – وقد قيل في التفسير : إن ذلك راجع إلى أول الكلام معناه ، والله سميع بما يحكم به من الإيلاء عليم بما قصده بقلبه من الإصرار على فعل غيره ، وإنما يعزم على فعل نفسه [٣] ، فدل على أن هناك طلاقًا بفعل الزوج ، فوصف بالعزم عليه [٤] .

٢٤٢١٨ – قلنا [٥] : روينا عن ابن عباس أن العزم انقضاء المدة قبل وطئها [٦] ، وهذا ينفي أن يكون المراد به القصد [العزم] / الذي يقولونه [٧] . /أ

٢٤٢١٩ – قالوا ، قال الله تعالى : ﴿ فَإِن فَآءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴾ [٨] ، وهذا يدل على أن الفيء بعد المدة إنما يأثم بترك الوطء بعدها [٩] .

٢٤٢٢٠ – قلنا : هذا غلط ؛ لأنه بنفس الإيلاء قصد إلى الإصرار ؛ فيحتاج إلى الغفران فيقع ذلك بالوطء في المدة [١٠] .

---

(١) على قدرة الله تعالى وعلمه ، وحياته ، وإرادته ، وسمعه ، وبصره ، وكلامه صفات له أزلية ، تفيد أنه يسمع جميع المسموعات من الأصوات والكلام ، وقال أبو الحسن الأشعري : كل موجود يجوز كونه مسموعًا مرئيًا . انظر : أصول الدين للتميمي البغدادي ٩٠-٩٧ .

(٢) أي : أن الله تعالى يسمع الإيلاء ، ويقع الطلاق بمضي المدة ، انظر : بدائع الصنائع (١٩٦٤/٤) ، الاختيار (١٥٢/٣) .

(٣) انظر : تفسير فتح القدير للشوكاني (٢٣٣/١) ، تفسير آيات الأحكام للصابوني (٣١٣/١) ، فتح البيان في مقاصد القرآن للسيد الإمام (٣٦٤/١) .

(٤) أي : أن الله تعالى سميع بما يريد الزوج من الإيلاء وعليم بما أسر به ويكون ذلك فعل الزوج . ومن فعله عزم الطلاق ، والطلاق لا يقع على من استمر على فعل ذلك ، فوصف بالعزم على الطلاق . انظر : الأم للشافعي (٢٥٦/٥) ، المجموع (٣١٨/١٦) .

(٥) هكذا في جميع النسخ ، وهو رد على حجة الشافعية على مذهبهم في الوقف بعد مضى المدة ، مما روى عن عثمان وعلي وعائشة وابن عمر وأبو الدرداء أن المؤلى إذا مضت مدته بوقف فإن فاء وإلا طلق » . انظر : الأم (٢٥٦/٥) .

(٦) انظر شرح فتح القدير (٤٥/٤) .

(٧) ورد أصحاب أبي حنيفة على ذلك بما روى ابن عباس أن العزم لا يكون بفعل الزوج ، وإنما يكون بانقضاء المدة قبل وطئها ، وهذا غير ما يقولون .

(٨) البقرة : ٢٢٦ .

(٩) أي : استدل القائلون بالمطالبة بقوله تعالى المذكور ووجه استدلالهم : أن الآية تشير إلى أن الفيء بعد المدة يأثم بوطئها . انظر : زاد المحتاج بشرح المنهاج (٤٤٧/٣) كفاية الأخيار (١١٠/٢) .

(١٠) وأجيب أيضًا عن ذلك أنه لما آلى منها إنما يريد منه الإضرار فإذا وطئ فيها فقد سقط الإيلاء فعفى الله تعالى عن ذلك فيكون في المدة . انظر : بدائع الصنائع (١٩٦٢/٤) ، شرح فتح القدير (٤٢/٤) .

٢٤٢٢١ - قالوا : خير اللّٰه تعالى بين الفيء وبين عزيمة الطلاق ، والتخيير متى دخل بين شيئين ، فالحالة التي تكون وقتًا لأحدهما تكون وقتًا للآخر (١) ، ألا ترى أن اللّٰه تعالى لما ذكر التخيير في كفارة (٢) اليمين (٣) بين الأشياء الثلاثة (٤) ، كانت الحالة التي تكون وقتًا لأحدهما هي وقت للآخر ، وهذا لا يكون إلا على قولنا أن الفيء بعد المدة ، وكذلك الطلاق (٥) .

٢٤٢٢٢ - قلنا : ليس في الآية تخيير ، وإنما فيها حكم متعلق بشرط فوات حكم آخر ، وهذا يقتضي أن يكون أحد الأمرين بعد الآخر .

٢٤٢٢٣ - فلو سلمنا ما قالوا (٦) لم يكن فيه دليل (٧) ، لأن اللّٰه تعالى لم يذكر الطلاق ، وإنما ذكر العزم عليه (٨) وقد بينا أن ترك الوطء في المدة على ما قال ابن عباس ، فوقت الفيء عندنا (٩) هو المدة ، وعزيمة الطلاق تكون فيها .

٢٤٢٢٤ - فقد قلنا : إنما ألزمونا (١٠) والدليل على أن الفيء في المدة من طريق النظر

---

(١) الأم (٢٧٥/٥) ، كفاية الأخيار (١١١/٢) .

(٢) وهي مأخوذة من الكفر ، وهو الستر لسترها الذنب تخفيفًا من اللّٰه تعالى . انظر : المصباح المنير (٧٣٥/٢) .

(٣) أصله لغة : اليد اليمنى ، وأطلقت على الحلف ، لأنهم كانوا إذا تحالفوا أخذ كل واحد يمين صاحبه ، وقيل : لأن اليمين تحفظ الشيء كما تحفظه اليد ، واليمين والحلف والإيلاء والقسم ألفاظ مترادفة . وشرعًا : تحقيق الأمر أو توكيده بذكر اللّٰه تعالى أو صفته . انظر : كفاية الأخيار (٢٤٧/٢) .

(٤) الأول : عتق رقبة ، والثاني : إطعام عشرة مساكين أو كسوتهم ، والثالث : الصيام ثلاثة أيام لقوله تعالى : ﴿ فَكَفَّٰرَتُهُۥٓ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَٰكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ﴾ [المائدة : ٨٩] . انظر : المهذب (١٨٠/٢) .

(٥) انظر : الأم (٢٥٤/٥) ، المهذب (١٣٦/٢) ، مغني المحتاج (٥٠/٣) ، كفاية الأخيار (٤٧٩/٢) .

(٦) أي : أن الفيء يكون بعد المدة ، وكذلك الطلاق يقع بعدها ؛ لأن الحالة تكون وقتًا للآخر من حيث التخيير ، كما ورد في الآية الكريمة .

(٧) أي : أنه ليس هناك دليل من كتاب اللّٰه أو السنة تدلان على أن الطلاق يقع بعد المدة .

(٨) فعلى ذلك يكون الطلاق في المدة (أي بمضيها) لأن الفيء يكون فيها ، كما قال ابن عباس سابقًا : إن العزم انقضاء المدة قبل وطئها . انظر : بدائع الصنائع (١٩٥٣/٤) ، شرح فتح القدير (٤٢/٤) .

(٩) في (م) ، (ع) : [عنده] وما أثبتناه من (ص) .

(١٠) أي : القائل بأن الطلاق يقع بعد المدة كالفيء يكون ذلك من طريق الإلزام فقط لا من طريق النظر أو الفحص ، وسبق ذكره أنه من غير دليل ، إذا كان كذلك فيكون الطريق الإلزام .

بأنها مدة التربص [1] ثبت ابتداؤها بقول الزوج ، فما يبطلها [ويكون فيها كمدة العدة ، ولأنها مدة يفضي انقضاؤها إلى انقطاع الملك فما يبطلها] [2] وجب أن يقع فيها كمدة الخيار [3] .

٢٤٢٢٥ – وإذا ثبت أن الفيء في المدة ثبت أن الفرقة تقع بانقضائها ، لأن أحدًا لا يفصل بين الأمرين .

٢٤٢٢٦ – ولأن الله تعالى جعل له الأمرين : إما الفيء ، أو عزيمة الطلاق ، فإذا فات أحدهما تعين الآخر .

٢٤٢٢٧ – والدليل في نفس المسألة أن مدة التربص ثبت [4] ابتداؤها بقول الزوج ، فوجب أن تقع البينونة بانقضاء العدة ، كمدة العدة [5] ولا يلزم مدة العنة [6] لأن ابتداءها لم يثبت بقول الزوج ، وإنما ثبت بقول القاضي [7] ، ولأنها مدة ورد بها القرآن بلفظ التربص ، فجاز وقوع البينونة بانقضائها كمدة العدة [8] ، ولا يلزم مدة العنة ، لأن القرآن لم يرد بها . ولا يلزم عدة الوفاة [9] ؛ لأن الأصل جملة العدة ، والحكم جواز

---

(١) أي : بخلاف ما لو قيل يقع في المدة كما يقع الفيء فيها ، فإن الدليل على ذلك موجود ، فالتربص دليل على أن الفيء في المدة فكذلك الطلاق .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من : (م) ، (ع) .

(٣) انظر : بدائع الصنائع (١٨٢/٥) .

(٤) ساقط في (م) .

(٥) أي : الدليل الآخر أنه شرع في الإيلاء مدة التربص أربعة أشهر وابتداء التربص من وقت الحلف ، فتقع البينونة بانقضائها قياسًا على العدة من حديث إن العدة مدة التربص أيضًا ، وتقع البينونة في العدة إذا لم يطلقها طلاقا رجعيا فتقع بانقضائها . انظر : اللباب ٥٤٣ . والعدة لغة : الإحصاء مأخوذة من العدد لاشتمالها على عدد الأفراد أو الأشهر غالبًا . انظر : القاموس المحيط (٣١٢/١) . واصطلاحًا : مدة تتربص فيها المرأة لمعرفة براءة رحمها أو للتعبد أو لتفجعها على زوجها . انظر : اللباب ٥٤٣ . ويقصد بالعدة تمكين الرجل من العود إلى مطلقته خلال العدة ، فإذا انتهت مدة العدة تكون المرأة مطلقة بمجرد مضي العدة ، ويقاس على هذا ثبوت العزيمة في الإيلاء ، بمجرد انقضاء مدته بجميع أن على كل منهما التربص للطلاق ، فبانت المرأة بانتهاء مدة العدة ، وكذلك في الإيلاء . انظر : بدائع الصنائع (١٩٩٥/٤) ، الدر المختار (٣٤٠/١) ، الشرح الصغير (٦٧١/٢) ، مغني المحتاج (٣٨٤/٤) ، كشاف القناع (٤١١/٧) .

(٦) العنين هو : الرجل الذي لا يقدر على إتيان النساء ، أو لا يشتهي النساء ، أو العاجز عن الجماع . انظر : المصباح المنير ٤٣٣/٢ ، كفاية الأخيار (٥٩/٢) .

(٧) انظر : اللباب ٤٨٥ .

(٨) انظر : المبسوط للسرخسي (٢١/٧) ، بدائع الصنائع (١٩٥٤/٤) .

(٩) عدة المتوفى عنها زوجها : إذا كانت حائلًا غير حامل فعد بالاتفاق أربعة أشهر وعشرة أيام ولياليها من =

حكم البينونة [١] ، وفي جملة العدة ما يجوز أن تقع البينونة بمضيها عندنا [٢] ، فوجب أن يكون في الفرع مثله .

٢٤٢٢٧ - قالوا : نقلب فنقول فلا يقع بمضيها طلاق [٣] .

٢٤٢٢٨ - قلنا : « لا يحتاجون إلى قولنا : ثبت ابتداؤها بقول الزوج ، ويكفي أن نقول [٤] مدة التربص » ، وكذلك [٥] لا نحتاج إلى قولنا ورد بها الشرع بلفظ التربص ، ورود القرآن ، ولأن عندنا وقوع الطلاق عند انقضائها [٦] بالإيلاء [٧] ، كما يقع إذا قال : « أنت طالق بمضي أربعة أشهر [٨] ، فعلى هذا نقول بموجب القلب [٩] .

٢٤٢٢٩ - فإن قيل : المعنى في مدة العدة أن الطلاق يقدم عليها [١٠] ، فوقعت البينونة بمضيها » لأن من حكم التطليقة أنه بيَّنها عند عدم العدة بدلالة المطلقة قبل الدخول [١١] ،

= تاريخ الوفاة لقوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ﴾ البقرة ٢٣٤، إما إذا كانت حاملًا فتنتهي عدتها بوضع الحمل ، ولو كانت الولادة بعد الوفاة بزمان قريب أو بعيد لقوله تعالى : ﴿ وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ الطلاق ٤ . انظر : اللباب ٤٨٥ وما بعدها .

(١) أي : لا يجوز القياس على مدة العنة ؛ لأنها لم ترد في القرآن فلا يجوز أن تكون أصلًا لحكم القياس ، وكذلك لا يجوز القياس على عدة الوفاة ؛ لأن الأصل جملة العدة ، وإذا كان كذلك فالحكم ثابت في جواز البينونة بمضيها في الإيلاء .

(٢) ساقط في (ن) .

(٣) اعترض القائل بالمطالبة ووقوع الطلاق بعد المدة على أنه تقل لأنه لا يقع الطلاق بمضيها في العدة ، وإنما يقع بانقضائها بالمطالبة . انظر : الحاوي (١٠/٣٤٧) .

(٤) في (م) ، (ع) : [يقال] .

(٥) ساقط في (ص) .

(٦) أي : لا نستدل بما قلنا لأن عندنا مدة التربص وابتداءها بقول الزوج والتربص ورد بها الشرع كما ورد بها القرآن ، وعلى كل حال فالطلاق عندنا وقع عند انقضائها بالإيلاء .

(٧) انظر : بدائع الصنائع (٤/١٩٦٢) ، شرح فتح القدير (٤/٤٢) .

(٨) انظر : تحفة الفقهاء ٢/٢١٤ .

(٩) أي : أن وقوع الطلاق في الإيلاء بمجرد مضي المدة ، مثل أن يقول القائل : أنت طالق بمضي أربعة أشهر فإذا مضت المدة فالطلاق واقع بمضيها ، والمعنى يدل على أنه يقع بموجب القلب ، وهو المراد بالعزيمة .

(١٠) اتفاق جمهور الفقهاء أن العدة بعد الطلاق ، لأن العدة مدة التربص للمرأة ومدة التفكير للتراجع للزوج، انظر : بدائع الصنائع (٤/١٩٣٥) ، الشرح الصغير (٢/٦٧١) ، مغني المحتاج (٤/٣٨٤) ، كشاف القناع (٥/٤١١) .

(١١) أي : أن طلاق الرجل امرأته قبل الدخول بها لا توجب عليها العدة والطلاق بائن . لقوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا ﴾ الأحزاب ٤٩ ، ولأن العدة إنما وجبت لبراءة الرحم وقد تيقنا براءة رحمها ، واتفق الفقهاء في ذلك ما عدا الإمام أحمد والشافعي في =

فإذا انقضت صارت كالمطلقة قبل الدخول (١) ، وليس كذلك مدة الإيلاء ، لأنه لم يتقدمها طلاق (٢) .

٢٤٢٣١ – ولأن الطلاق لا يقع بانقضائها إذا كانت أكثر من أربعة أشهر ، كذلك إذا كانت أربعة ، لأن المدة المضروبة للطلاق يقع بمضيها ، فلا يتقدم ولا يتأخر (٣) .

٢٤٢٣٢ – قلنا : علة الأصل تبطل بالمطلقة ثلاثا (٤) ، لأنه يتقدم العدة طلاق ، ولا تقع البينونة بانقضائها ، وعكسها (٥) ، وتبطل بإسلام أحد الزوجين (٦) ، فإن الطلاق لا يتقدم مدة العدة ، فتقع البينونة بانقضائها .

٢٤٢٣٣ – [وقولهم في مسألتنا : لا يقع الطلاق بمضي العدة إذا كانت أكثر من أربعة أشهر ليس بصحيح ، لأن المدة المضروبة بالشرع هي ، الأربعة أشهر ، والبينونة تقع

= القديم . انظر : الاختيار لتعليل المختار (١٢٢/٣) ، الشرح الصغير (٥٣٩/٥) ، المهذب للشيرازي (١٨٢/٢) ، المغني لابن قدامة (٤١٥/٧) .

(١) الطلاق يقع بمضيها في العدة ، وذلك ؛ لأن الطلاق يقدم عليها ، وهذه المسألة لا تقاس على الطلاق بسبب الوفاة ؛ لأن الطلاق بالوفاة طلاق بالعلة ، والأصل فيها جملة العدة ، وإنما يقاس على الطلاق قبل الدخول فلا عدة فيه ، فيقع الطلاق بمجرد إطلاقه .

(٢) بخلاف الإيلاء فإن المدة لم يتقدمها طلاق ، فلا يقع بانقضائها ، وإنما يقع بالمطالبة بعد المدة . انظر : الأم للشافعي (٢٥٤/٥) ، المهذب (١٤١/٢) ، حاشية الدسوقي (٤٢٠/٢ ، ٤٢١) ، المغني لابن قدامة (٣٣١/٧) .

(٣) الدليل الآخر : أن الطلاق لا يقع بانقضاء مدة أقل من مدة العدة ، وإنما يقع بمضيها وهو أربعة أشهر وعشرة يومًا ولياليها ، فلا يقع قبل تلك المدة مثل أربعة أشهر فقط ، أو أكثر غير محدد . وأقل مدة العدة المضروبة . وهنا فيها فرق بين الانقضاء والمضي ، فالانقضاء قد يكون أقل من المدة المضروبة ، وأما المضي فلا يكون إلا بعد المدة . انظر : المهذب (١٣٦/٢) وما بعدها .

(٤) الطلاق الثلاث الذي لا يستطيع الرجل أن يعيد المطلقة إلى الزوجية إلا بعد أن تتزوج بزوج آخر ، زواجًا صحيحًا ، ويدخل بها دخولًا حقيقيًا ثم يفارقها أو يموت عنها وتنقضي عدتها منه ، انظر : بدائع الصنائع (٢٠٢٦/٤) .

(٥) قال أصحاب أبي حنيفة : لا نسلم أن العدة التي يتقدم عليها طلاق هي في التطليقة التي لا يوجد فيها العلة ، ويقع الطلاق بمضيها لا بانقضائها ، وهذا باطل بالمطلقة ثلاثًا ، لا يجوز للرجل أن يعيد إلا بعد الزواج من غيره إليها ، ولا تقع البينونة في المطلقة ثلاثًا بانقضائها وغيرها يقع بانقضائها فتلك الحجة باطلة . انظر : اللباب (٥٢٠/٢) .

(٦) إذا أسلم أحد الزوجين عرض القاضي الإسلام على الآخر ، فإن أسلم وإلا فرق بينهما ، وكان ذلك طلاقًا بائنًا عند أبي حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف : هي فرقة من غير طلاق ، وهذا ما ذهب إليه مالك والشافعي وأحمد . انظر : اللباب (٢٤٨٦/٢) ، مغني المحتاج (٢٠١/٣) ، المغني (٦١٦/٦) .

بانقضائها] [١] ، ولا معتبر بما سمي من المدة [٢] إذا صح الإيلاء فكأنه قال : « أنت طالق بمضي أربعة أشهر لا أقربك فيها » [٣] ، وإن زاد على هذه المدة في اليمين ، ولأن الفرقة [٤] على ضربين ، فرقة هي طلاق ، وفرقة ليست بطلاق [٥] ، فإذا جاز أن يقع الطلاق منه وقع أيضًا من طريق الحكم كالعتاق [٦] .

٢٤٢٣٤ - ولا يلزم العفو من دم العمد [٧] ؛ لأن الملك يزول فيه حكمًا إذا ملك الولد قصاصًا على والده [٨] . ولأن الإيلاء كان طلاقًا في الجاهلية ، فجاز أن يقع

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) وهذا دليل آخر من أصحاب أبي حنيفة على إبطال علة الأصل ، حيث إن الطلاق الذي يقع بمضي المدة ولا يقع بانقضائها ، فإنه يبطل بإسلام أحد الزوجين ، حيث إنه لا يتقدم العدة الطلاق إلا أن البينونة تقع بانقضاء المدة ، فوقوع الطلاق في العدة بالانقضاء كما يقع بالمضي ، إذا كان كذلك فلا اعتبار بما سمي من العدة ؛ لأن المدة بانقضائها أو بمضيها سواء .

(٣) انظر : بدائع الصنائع (١٩٥١/٤) .

(٤) الفرقة لغة : الافتراق . انظر لسان العرب (٣٣٩٧/٥) واصطلاحًا : اختلال رابطة الزواج وانقطاع العلاقة بين الزوجين بسبب من الأسباب . انظر : بدائع الصنائع (٣٣٦/٢) .

(٥) المراد بما ليس بطلاق هو الفسخ كالفسخ بالرضاع ، والفسخ : هو رفع العقد من الأصل وجعله كأن لم يكن . انظر : بدائع الصنائع (٣٣٦/٢) .

(٦) العتاق هو : قوة حكمية يصير بها أهلًا للتصرفات الشرعية . انظر : التعريفات للجرجاني ١٩١ ، وإذا اعتق أحد الزوجين فله الخيار بين القرار والفرار . انظر : اللباب (٤٨٤/٢) .

(٧) أي : القتل العمد ، وهو ما تعمد الجاني الفعل قاصدًا إزهاق روح المجني عليه . وشرطه : قصد القتل ونيته واستخدام الوسيلة القاتلة والآثار المترتبة عليه هي : الأول : القاتل عمدًا يتحمل إثم قتله ، لقوله تعالى : ﴿ وَمَن يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا وَغَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُ وَأَعَدَّ لَهُ عَذَابًا عَظِيمًا ﴾ النساء : ٩٣ . والثاني : يجب فيه أيضًا القود . قال اللّه تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى ﴾ البقرة : ١٧٨ . انظر : بدائع الصنائع (٢٣٧/٧) .

(٨) أي : لا يقتل الأصل بالفرع أو لا يقتل الوالد بولده ، وهذا ما ذهب إليه الحنفية والشافعية ، والصحيح عند الحنابلة بينما ذهب المالكية إلى التفضيل بين حالتين : الحالة الأولى : إذا اجتمع الوالد أو الوالدة فدعاه أو شقا بطنه أو فعلا به فعلًا يتعين به أنهما تعمدا القتل ، فيجب القصاص على من فعل ذلك منهما . الحالة الثانية : إذا لم يتعمد الوالد أو الوالدة القتل كأن يقذف أحدهما الولد أو يضربه قصدًا إلى تأديبه فيسقط القصاص ، وتجب الدية مغلظة على القاتل . انظر : الكافي لابن عبد البر ٥٨٨ ، ٥٨٩ ، بداية المجتهد (٣٦٦/٢) . ومراد المصنف هو : أن العفو لا يمتنع إذا قتل الوالد ولده ، وذلك لأن الحد نفسه لا يوجب القصاص فيه عملًا لحديث رسول اللّه ﷺ السابق ذكره . وكذلك مضي المدة قد يؤثر ، حيث إن العدة التي تقدم عليها طلاق يجوز أن يكون انقضاء لا مضيا ، وذلك مثل قول القائل : أنت طالق بمضي أربعة =

التحريم بلفظه (١) كالظهار (٢) ، أو نقول : إن كان طلاقًا معجلًا فيتعين بالشرع ، ولا يتأجل ، فإذا مضى الأجل عاد إلى ما كان عليه (٣) .

٢٤٢٣٥ - احتجوا : بما روى سفيان بن عيينة (٤) عن يحيى بن شعيب (٥) عن سليمان بن يسار (٦) قال : « أدركت بضعة عشر نفسًا من أصحاب النبي ﷺ كلهم يقولون : يوقف المؤلي » (٧) .

٢٤٢٣٦ - وروى سهل بن أبي صالح قال : « أدركت بضعة عشر رجلًا من أصحاب النبي ﷺ يقولون يتربص المؤلي أربعة أشهر ثم يوقف » (٨) .

= أشهر فإذا انقضت المدة وقع الطلاق بالإيلاء بينما كانت عدة الطلاق لا يجوز أن يتقدم أو يتأخر وهنا يجوز اختصاصًا بالإيلاء . انظر : المبسوط للسرخسي (١٩/٧) ، شرح فتح القدير (٤٣/٤ - ٤٤) .

(١) مثل أن يقول : « أنت عليّ حرام ، أو قد حرمتك عليّ ، أو أنا عليك حرام ، أو قد حرمت نفسي عليك ، أو أنت محرمة عليّ ، فإذا أراد الطلاق انصرف إليه ، وإن لم ينو الطلاق ونوى التحريم ، أو لم يكن له نية فهو يمين ؛ لأن الأصل في تحريم الحلال أن يكون عينًا لما تبين . انظر : بدائع الصنائع (١٩٤٤/٤ ، ١٩٥١) ، شرح فتح القدير (٥٥/٤) ، حاشية ابن عابدين (٤٣٣/٣) .

(٢) الظهار لغةً : مصدر مأخوذ من الظهر مشتق من قول الرجل إذا ظاهر امرأته ، قيل : إنما خص ذلك بذكر الظهر ؛ لأن الظهر من الدابة موضع الركوب ، والمرأة مركوبة وقت مركوب الأم مستعار من ركوب الدابة ، ثم شبه ركوب الزوجة بركوب الأم الذي هو ممتنع . انظر : المصباح المنير (٣٨٨/١) . شرعًا : تشبيه المسلم زوجته أو ما يعبر بها عنها من إعضائها أو جزء منها بمحرمة عليه ، تأبيدًا ، وهو مثل أن يقول : أنت علي كظهر أمي ، ويقاس عليه مثل كلمة التحريم ، مثل أنت عليّ حرام على الظهار . انظر : بدائع الصنائع (١٩٤٤/٤) ، حاشية ابن عابدين (٥٧٣/٢) .

(٣) انظر : المبسوط للسرخسي (٢٠/٧) ، بدائع الصنائع (١٩٦٥/٤) .

(٤) وهو : سفيان بن عيينة بن ميمون الهلالي روى عن : عمرو بن دينار ، والزهري ، وزيد بن أسلم ، وغيرهم ، وعنه : ابن جرير والأعمش ، وشعبة وغيرهم ، قال الشافعي : لولا مالك وسفيان لذهب علم الحجاز ، ومات سنة ١٩٣هـ . انظر : تذكرة الحفاظ (٢٦٢/٢) ، الجرح والتعديل (٢٢٥/٤) .

(٥) هو : يحيى بن شبيب روى عن : الثوري ، وعنه محمد بن عاصم ، ومهلب بن علي الأهوازي ، وقال ابن حبان : لا يحتج به بحال . انظر : ميزان الاعتدال (٣٨٥/٤) ، لسان الميزان (٢٦١/٦) .

(٦) هو : سليمان بن يسار العلال ابن أيوب روى عن : ميمونة ، وأم سلمة ، وعائشة ، وابن عباس ، وجابر ، وأبي هريرة وروى عنه : عمرو بن دينار ، وأبو الزناد ، وصالح ابن كيسان وغيرهم ، قال أبو زرعة : ثقة مأمون فاضل . انظر : تهذيب التهذيب (٢٠٠/٤) ، التعديل والتجريح (١١٢٠/٣ ، ١١٢١) .

(٧) انظر : السنن الكبرى للبيهقي (٣٧٦/٧ ، ٣٧٧) .

(٨) انظر : الحاوي (٢٤١/١٠) .

٢٤٢٣٦ - قلنا : الاحتجاج بقول بعض الصحابة في هذه المسألة غلط للاختلاف الظاهر فيها .

٢٤٢٣٧ - وقد روى معمر [١] عن عطاء الخراساني [٢] عن أم سلمة [٣] عن عثمان ابن عفان [٤] وزيد بن ثابت [٥] أنهما كانا يقولان : « إذا آلى الرجل من امرأته ، ولم يفئ حتى مضى أربعة أشهر ، فهي تطليقة بائنة » [٦] وزيد أحد من لقيه سليمان بن يسار .

---

(١) هو : معمر بن راشد الأزدي روى عن : قتادة ، والزهري ، والأحول ، والجعد وغيرهم ، وعنه أيوب وعمرو بن دينار ، وابن جريج ، وغيرهم مات سنة ١٣٢هـ ، قال العجلي بصري : ثقة . انظر : تهذيب التهذيب (٢١٨/١) ، خلاصة الكمال (٤٧/٣) .

(٢) هو : عطاء بن أبي مسلم الخراساني روى عن : ابن عباس ، وأبي هريرة ، وأنس ، وكعب بن مالك وغيرهم، وعن عثمان ، وشعبة ، وعمر ، وغيرهم ، قال الدارقطني : ثقة مات سنة ١٣٥ . انظر : تهذيب التهذيب (١٩٠/٧) ، وما بعدها ، رجال صحيح مسلم (١٠٢/٢) .

(٣) هي : أم المؤمنين أم سلمة بنت أمية بن المغيرة بن مخزوم القرشية ، اختلف في اسمها فقيل : رملة ، وقيل : هند وهو الصواب ، وعليه الجماعة من العلماء ، تزوجها رسول الله ﷺ سنة اثنتين من الهجرة . روت عن النبي ﷺ ، وابن سلمة وفاطمة الزهراء روى عنها : ابنها عمر ، وزينب ، ونافع ، وأبو عثمان المهدي ، وغيرهم ، ماتت في آخر سنة ٦١هـ . انظر : الاستيعاب في معرفة الأصحاب (١٩٢٠/٤ - ١٩٢١) ، أسد الغابة (٣٤٠/٧ - ٣٤٣) ، والإصابة (٢٢١/٨ - ٢٢٥) .

(٤) هو : عثمان بن عفان بن أبي العاص بن أمية بن عبد شمس بن عبد مناف القرشي ، الأموي ، ذو النورين ، أمير المؤمنين ، ولد ﷺ بعد عام الفيل بست سنين على الصحيح ، روى عن : الرسول ﷺ ، وعن أبي بكر ، وعن عمر ، وروى عنه : أولاده : عمرو ، وأبان ، وسعيد ، وابن عمه مروان بن الحكم ، ومن الصحابة : ابن مسعود ، وابن عمر ، وآخرون ، كان ﷺ من السابقين في الإسلام ، وكان يقول إني رابع أربعة في الإسلام ، زوجه الرسول ﷺ بابنته رقية فلما توفيت زوجه بابنته أم كلثوم ، وهو أحد العشرة الذين شهد لهم رسول الله ﷺ بالجنة . وقد تولى الخلافة من بعد عمر بن الخطاب ، ومكث فيها إحدى عشر سنة وأحد عشر شهرًا ، وقتل يوم الجمعة لثماني عشرة من ذي الحجة سنة خمس وثلاثين من الهجرة . انظر : أسد الغابة (٥٨٤/٣) ، الإصابة (٢٢٣/٤) .

(٥) هو : مفتي المدينة أبو سعيد زيد بن ثابت بن الضحاك بن النجار الأنصاري ، روى عن : النبي ﷺ ، وأبي هريرة ، وأبو سعيد ، وابن عمر ، وأنس ، وسهل ابن سعد ، وغيرهم ، وعنه : سعيد بن المسيب ، والقاسم بن محمد ، وسليمان بن يسار ، وغيرهم ، فضائله أكثر من أن تحصى فهو الذي جمع القرآن ، وكتب الوحي لرسول الله ﷺ كان أعلم الصحابة بالفرائض ، مات سنة ٤٥ هـ . انظر : الاستيعاب (٥٣٧/٢) ، أسد الغابة (٢٧٨/٢) ، الإصابة (٥٩٢/٢) .

(٦) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى الإيلاء باب من قال عزم الطلاق انقضاء الأربعة أشهر (٣٧٨/٧) .

٢٤٢٣٩ – وروى عن علي [١] ﷺ القولان جميعًا [٢] ، وروى أبو عبيدة [٣] عن مسروق [٤] عن عبد الله ، قالا : « إذا مضت أربعة أشهر فهي تطليقة بائنة ، وهي أحق بنفسها » [٥] .

٢٤٢٤٠ – وقال مقسم [٦] : « سمعت ابن عباس يقول عزيمة الطلاق انقضاء أربعة أشهر ، والفيء الجماع [٧] ، ولم تختلف الرواية عن ابن مسعود وابن عباس .

٢٤٢٤١ – واختلفت الرواية عن ابن عمر [٨] ، وروى ....

---

(١) هو : علي بن أبي طالب بن عبد المطلب بن عبد مناف بن هاشم أمير المؤمنين أبو الحسن القرشي الهاشمي ، ابن عم رسول الله ﷺ ، ولد قبل البعثة بعشر سنين على الصحيح ، روى الكثير عن النبي ﷺ ، عرض عليه القرآن وأقرأه ، وروى عنه : أبو بكر ، وعمر ، والحسن ، والحسين ، وطائفة من الصحابة ، والتابعين ، كان ﷺ من السابقين الأولين ، شهد بدرًا وما بعدها من المشاهد ، قال له رسول الله ﷺ : « أنت مني كهارون من موسى غير أنك لست بنبي » تولى الخلافة من بعد سيدنا عثمان إلى أن قتل على يد ابن ملجم سنة أربعين من الهجرة . انظر : الإصابة (٢٦٩/٤) ، سير أعلام النبلاء (٦١٥/٢) .

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى باب من قال عزم الطلاق انقضاء الأربعة أشهر (٣٧٩/٧) .

(٣) هو : أبو عبيدة عقبة بن عامر روى عن : مسروق ، والزهري ، وقتادة ، وأيوب ، وعنه : شرحبيل بن السمط ، وعبد الله بن الصامت وغيرهم ، مات سنة١٧٦هـ . انظر : تذكرة الحفاظ للسيوطي ٢١٧ ، رجال صحيح البخاري (١٧٤/٢) .

(٤) هو : مسروق بن الأجدع الهمداني روى عن : علي ، وعمر ، ومعاذ ، وغيرهم ، وعنه : الشعبي ، وأبو وائل ومكحول ، وغيرهم ، قال ابن معين : ثقة ، مات عام ٦٣ . انظر : تهذيب الكمال (٢١/٣) ، رجال صحيح مسلم (٢٨٢/٢) .

(٥) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى باب من قال عزم الطلاق انقضاء الأربعة أشهر (٣٧٩/٧) .

(٦) هو : مقسم بن هلال الضبي روى عن : ابن عباس ، وأبو هريرة ، وعائشة ، وعمر ، وغيرهم ، وعنه : قتادة ، ووكيع ، وابن أبي زائدة ، وغيرهم ، مات سنة ١٠٧ . قال يحيى بن معين : ثقة . انظر : تهذيب الكمال (١٨٧/٢٢) ، تذكرة الحفاظ للذهبي (١٢٧/٢) .

(٧) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى باب من قال عزم الطلاق انقضاء الأربعة أشهر (٣٧٩/٧) .

(٨) هو : عبد الله بن عمر بن الخطاب القرشي العدوي ، ولد سنة ثلاث من المبعث النبوي ، روى عن : النبي ﷺ ، وعن أبي بكر ، وعمر ، وعثمان ، وطائفة ، روى عنه من الصحابة : جابر ، وابن عباس ، وغيرهما ، ومن التابعين : سعيد بن المسيب ، وعلقمة بن وقاص ، وغيرهما ، أسلم ﷺ وهو صغير ، استصغره النبي ﷺ في شهود غزوة أحد ، والصحيح أن أول مشاهدة الخندق ، كان كثير الاتباع لآثار رسول الله ﷺ حتى إنه كان ينزل منازله ، ويصلي في كل مكان صلى فيه ، أقام ابن عمر بعد النبي ﷺ ستين سنة ، يفتي الناس في الموسم ، قال الإمام مالك : كان ابن عمر من أئمة المسلمين . توفي ﷺ سنة ثلاث وسبعين من الهجرة . انظر : أسد الغابة (٣٤٠/٣) ، الإصابة (١٠٧/٤) .

مالك [١] عن نافع [٢] عن ابن عمر أنه يوقف [٣] .

٢٤٢٤٢ - وروى الأعمش [٤] عن حبيب [٥] عن سعيد بن جبير [٦] ، وزعم أنهما كانا يقولان : « إذا آلى الرجل من امرأته ، ولم يقربها حتى مضت أربعة أشهر ، فهي تطليقة بائنة [٧] .

٢٤٢٤٣ - وقد قال أهل العلم بالحديث : إن سليمان بن يسار لم يلق من أصحاب النبي ﷺ العدد المذكور ، وإنما لقي زيدا ، وابن عباس ، وابن عمر وأبا هريرة [٨]

---

(١) هو : أبو عبد الله مالك بن أنس بن أبي عامر بن عمرو بن الحارث ، شيخ الإسلام حجة الأمة ، إمام دار الهجرة ولد ﷺ على الأصح في سنة ثلاث وتسعين ، سمع من : نافع ، وسعيد المقبري ، والزهري ، وغيرهم ، وروى عنه : محمد بن عقبة ، وابن جريج ، والأوزاعي ، وخلق كثير ، طلب العلم وهو ابن بضع عشرة سنة ، وتأهل للفتيا ، وجلس للإفتاء وله إحدى وعشرون سنة ، وقصده طلبة العلم من جميع الآفاق ، قال عنه الإمام الشافعي : إذا ذكر العلماء فمالك النجم ، وكان ﷺ لا يركب في المدينة مع ضعفه وكبر سنه ، ويقول : لا أركب في مدينة فيها جسد الرسول ﷺ ، من تصانيفه : الموطأ ، رسالة إلى الرشيد ، ونقل بعده : المدونة ، والواضحة ، توفي سنة تسع وسبعين ومائة . انظر : شجرة النور الزكية ٥٣ ، سير أعلام النبلاء (٣٨٢/٧) ، معجم المؤلفين (٩/٣) .

(٢) هو : نافع بن عبد الحارث الخزاعي مولى عبد الله بن عمر ، روى عن : ابن عمر ، وعائشة ، وأبو هريرة ، وعبد الله بن محمد بن أبي بكر ، وغيرهم ، وعنه : مالك ، وموسى بن عقبة ، والليث ، وغيرهم ، مات سنة ١٢٧هـ . انظر : رجال صحيح مسلم (٢٨٩/٢) ، تذكرة الحفاظ للذهبي (٢٣٧/١) .

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى باب من قال : يوقف المولى بعد تربص أربعة أشهر فإن فاء وإلا طلق (٣٧٧/٧) .

(٤) هو : عبد الله بن داود بن إبراهيم القيس ، روى عن : مالك ، والليث بن سعد ، وسليمان بن بلال ، وغيرهم ، وعنه : محمد بن عبد الله ، والحارث بن مسكين ، وابن عيينة ، وغيرهم ، مات عام ١٤٥هـ ، قال يحيى بن معين فقيه : ثقة ، انظر : تهذيب الكمال (٣١٤/٢) ، تذكرة الحفاظ (١١٧/٢) .

(٥) هو : حبيب بن أبي ثابت بن قيس بن دينار ، روى عن : ابن عمر ، وابن عباس ، وأنس ، وغيرهم ، مرسلًا وعنه : طاووس ، وسعيد بن جبير ، وزيد بن وهب ، وغيرهم ، مات سنة ١١٩هـ ، قال ابن عدي : ثقة . انظر : تذكرة الحفاظ ١٣٧ ، رجال صحيح البخاري (١٩٧/١) ، الاستيعاب (٩٥٠/٣ - ٩٥٣) .

(٦) هو : سعيد بن جبير الوالبي ، روى عن : ابن عباس ، وعائشة ، وابن عمر ، وغيرهم ، وعنه : الحكم ، وحماد بن زيد ، وغيرهم قال يحيى بن معين : ثقة ، قتل عام ٩٩٥ . انظر : الكاشف (٢٨٢/١) ، الثقات (٢٧٥/٤) ، الجرح والتعديل (٢٧٥/٤) .

(٧) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى باب من قال عزم الطلاق انقضاء الأربعة أشهر (٣٧٩/٧) .

(٨) هو : عبد الرحمن بن صخر الدوسي ، أبو هريرة ، صاحب رسول الله ﷺ ، وأكثرهم حديثًا عنه ، حدث عن : النبي ﷺ ، وعن أبي بكر ، وعمر ، وطائفة ، وحدث عنه : ولده المحرر ، ومن الصحابة : ابن =

وعائشة[1] وميمونة[2] ، فإن[3] كان بلغه عن العدد المذكور ، فهو مرسل .

٢٤٢٤٤ – قال مخالفنا : قال الشافعي في القديم : وقد روي عن ابن مسعود ، وابن عباس مثل قولهم ، فلا يصح عنهما ، والعجب لهذا الكلام ، وقد رواه الطحاوي[4] بأسانيد صحاح عن الجماعة الذين ذكرناهم[5] .

٢٤٢٤٥ – ثم قال الشافعي : لو ثبت هذا ، فابن عباس يقول : « الإيلاء على التأبيد » ، وهم لا يقولون[6] به ، فكأنه ظن أنا إذا احتججنا بقول ابن عباس في مسألة يجب أن نأخذ بقوله في غيرها ، وإلا لم يصح الرجوع إلى قوله ، وهاتان مسألتان ، فإذا خالفنا ابن عباس في إحداهما لم يمنع الرجوع إلى قوله في الأخرى[7] .

٢٤٢٤٦ – قالوا : « مدة مقدرة بالشرع لم يتقدمها فرقة ، فلم يتعقبها بينونة كمدة العدة »[8] .

= عمر ، وابن عباس ، وغيرهم ، ومن التابعين : مروان بن عبد الحكم ، وسعيد بن المسيب ، وطائفة ، أسلم عام خيبر ، وشهدها مع رسول الله ﷺ ، ثم لزمه وواظب عليه في العلم ، فدعا له رسول الله ﷺ بعدم نسيان أحاديثه ، فلم ينس شيئًا بعد ذلك من أحاديث الرسول ﷺ استعمله عمر على البحرين ، ثم عزله ، ثم أراده على العمل فامتنع وسكن بالمدينة ، وبها كانت وفاته . توفي سنة سبع وخمسين من الهجرة . انظر : أسد الغابة (٣١٨/٦) ، الإصابة (١٩٩/٧) .

(١) هي : عائشة بنت أبي بكر الصديق ، الصديقة بنت الصديق أم المؤمنين زوج النبي ﷺ وأشهر نسائه ، تزوجها النبي ﷺ قبل الهجرة بسنتين ، وبنى بها وهي بنت تسع سنين بالمدينة ، روت عن النبي ﷺ أحاديث كثيرة ، وروى عنها : عمر بن الخطاب ، وكثير من الصحابة ، ومن التابعين ، وكان أكابر الصحابة يسألونها عن الفرائض وعن الأحكام ، توفيت سنة سبع وخمسين من الهجرة . انظر : أسد الغابة (١٩٢/٧) ، الإصابة (١٣٩/٨) .

(٢) هي : ميمونة بنت الحارث الهلالية ، روت عن النبي ﷺ وروى عنها : عبد الله بن عباس ، وعبد الله بن شداد ، وعبد الرحمن بن السائب ، وغيرهم ، ماتت عام ٥١هـ ، وصلى عليها عبد الله بن عباس . انظر : تهذيب التهذيب (٤٨٠/١٢) ، تهذيب الكمال (٣٩٢/٣) .

(٣) في (م) ، (ع) : [فإذا] .

(٤) هو : أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي ولد عام ٢٣٩ هـ ، وأخذ العلم عن عبد الغني بن رفاعة ومحمد بن المظفر ، وغيرهم ، وروى عنه : يونس بن عبد الأعلى ، والمزني ، وغيرهم ، حقق التصانيف منها اختلاف العلماء ، شرح معاني الآثار ، مات عام ٣٢١هـ . انظر : المنتظم (٣١٨/٣) ، النجوم الزاهرة (٢٣٩/٣) ، لسان الميزان (٢٧٤/١) .

(٥) انظر : شرح معاني الآثار (١١٩/٣) .

(٦) في (م) ، (ع) : [يقولون] .

(٧) انظر : الأم (٢٥٤/٥) .

(٨) انظر : تكملة المجموع (٣٣٣/٦١) ، زاد المحتاج بشرح المنهاج (٤٤٤/٣) .

٢٤٢٤٦ - قلنا : ينتقض بمن قال والله لا أقربك (١) .

٢٤٢٤٧ - ثم قال : إن لم أطئك أربعة أشهر فأنت طالق ثلاثًا ، فهذه الأربعة أشهر مقدرة بالشرع من حيث الإيلاء لم يتقدمها فرقة ، وتعقبها البينونة (٢) ، وينتقض بإسلام أحد الزوجين (٣) .

٢٤٢٤٨ - فإن قالوا : لم تتقدر المدة بالشرع ، وإنما تقدرت بالاجتهاد (٤) .

٢٤٢٤٩ - قلنا : وكذلك مدة العدة لم تتقدر بالشرع الذي هو القرآن وقول الرسول ﷺ ، وإنما قدرت بقول عمر (٥) ، وهو اجتهاد ، وربما عبروا عن هذه العلة (٦) ، فقالوا : مدة ضربت لإزالة الضرر بعقد الوطء ، فوجب أن لا يتعقبها البينونة (٧) .

---

(١) هذه من الألفاظ التي تجري مجرى الصريح ؛ لأن القربان المضاف إلى المرأة يراد به الجماع في الفرق . انظر : بدائع الصنائع (١٩٣١/٤) ، الاختيار لتعليل المختار (١٥٣/٣) .

(٢) انظر : المبسوط للسرخسي (٣٠/٧) ، بدائع الصنائع (١٩٦٤/٤ ، ١٩٦٥) .

(٣) معنى كلام المصنف هنا : أن المدة في الإيلاء لا يتقدمها فرقة فلا يتقدمها بينونة ، هذا باطل بمن قال : لا أقربك ، ثم قال : إن لم أقربك أربعة أشهر فأنت طالق ثلاثًا ، وباطل نفيًا بإسلام أحد الزوجين من حيث إن في كل منهما وقع البينونة . انظر : المبسوط للسرخسي (٢٠/٧) ، بدائع الصنائع (١٩٦٤/٤) ، الاختيار لتعليل المختار (١١٣/٣) .

(٤) انظر : المهذب (١٣٩/٢) ، زاد المحتاج (٤٤٤/٣) . الاجتهاد لغةً : بمعنى بذل الجُهد (بضم الجيم) وهو الطاقة ، أو تحمل الجَهد (بفتح الجيم) وهو المشقة ، وعلى كل حال ، فالاجتهاد في اللغة : هو استفراغ الوسع في أي فعل كان . واصطلاحًا : بذل الوسع في نيل حكم شرعي عملي بطريقة الاستنباط . انظر : القاموس المحيط (٢٨٦/١) ، إرشاد الفحول صـ٢٥٠ ، الإحكام في أصول الأحكام للآمدي (٢١٨/٤) .

(٥) هو : عمر بن الخطاب بن نفيل بن عبد العزى ، بن رياح بن عبد الله بن قرط القرشي أبو حفص ، الفاروق ، ولد بعد عام الفيل بثلاث عشر سنة ، روى عن : النبي ﷺ ، وروى عنه : علي ، وابن مسعود ، وغيرهم ، كان إليه السفارة في الجاهلية ، وكان عند المبعث شديد على المسلمين ثم أسلم فكان إسلامه فتحًا على المسلمين فهاجر إلى المدينة قبل رسول الله ﷺ ، وشهد المشاهد كلها ، قال عنه رسول الله ﷺ : « إن الله وضع الحق على لسان عمر وقلبه » تولى الخلافة من بعد أبي بكر الصديق ، ومكث فيها عشر سنين ، فتح في خلافته فتوحات كثيرة ، واتسعت رقعة بلاد المسلمين ، استشهد على يد أبي لؤلؤة المجوسي سنة ثلاث وعشرين هجريًا ، ودفن بجانب رسول الله ، وأبي بكر الصديق . انظر : أسد الغابة (١٤٥/٤) ، الإصابة (٢٧٩/٤) ، سير أعلام النبلاء (٥٠٩/٢) .

(٦) أي : أن قول المخالف إن الإيلاء لم يكن من الشرع وإنما من الاجتهاد منقوض بأن مدة العدة ليست من الشرع وإنما من الاجتهاد . فإذا كان ذلك كذلك فإن البينونة من الإيلاء أيضًا .

(٧) انظر : المهذب (١٣٦/٢) ، وشرح المهذب (٣٣٣/١٦) .

٢٤٢٥٢ – وهذه العبارة يدخل عليها النقض الأول (١) ، ولا نسلم في الفرع أنها لإزالة الضرر بعقد الوطء ، لأنه لو وطئها ثم حلف ثبتت المدة ، وإن لم يعقد الوطء ، ولأنه لا فرق بين المدتين في المعنى (٢) ، ولأن مدة الإيلاء يبطلها الوطء ، فإذا مضت المدة فات الوطء ، فثبت لها الخيار (٣) ، ولم تعتبر قدرته على الوطء بعد ذلك ؛ ولأن الخيار في مدة العدة ثبت لعجزه عن الوطء (٤) ، فإذا مضت المدة لم يتحقق العجز إلا بالحكم ، فلذلك لم تستحق الفرقة إلا بالحاكم (٥) ، و (٦) في الإيلاء تقع الفرقة بفوات الفيء ، فإذا فات بمضى المدة لم يبق معنى ينتظر التفريق لأجله ، فوقعت الفرقة ، ولأن ابتداء المدة في العنة يقف على الحاكم ، فالفرقة يجوز أن تقف عليه ، ومدة الإيلاء لا (٧) يقف ابتداؤها على الحاكم ، فلم (٨) يقف التفريق على اتفاقه .

ب **٢٤٢٥٣** – قالوا : يمين بالله تعالى (٩) ، فلا يفضي إلى طلاق بقوله : والله لا أقربك شهرًا » (١٠) / .

---

(١) أي : أن المدة المضروبة في الإيلاء إنما ضربت لإزالة الضرر ، وإزالة الضرر إن لم يتعقبها البينونة كما لا تقع بانقضائها ؛ لأن كل ذلك ليس من الإزالة .

(٢) أي : أن مدة الإيلاء شرعت لإزالة العقد بعدم الوطء ، وإنما لإزالة الضرر بالتفريق ، أو الفيء إليها ، مع الكفارة ، والدليل على ذلك أنه لو وطئها ثم حلف فالمدة تثبت ويقع الطلاق إن لم يعقد الوطء ؛ ولأن كلا منهما فيها استمرار لعزم الطلاق .

(٣ ، ٤) انظر : كفاية الأخيار (٣٣٧/٣ ، ٣٣٩) ، زاد المحتاج بشرح المنهاج (٤٤٦/٣) .

(٥) والخيار ثبت في الإيلاء بعد المدة ، ولم يكن في المدة ؛ لأن الفيء يبطلها بخلاف العدة فالخيار فيها في المدة ؛ لأن الفيء لا يشرع فيها ، فلذلك لا تستحق الفرقة في الإيلاء إلا بالحاكم ، وذلك بعد فوات الفيء في المدة ، بخلاف العدة فإنها تتحقق بدونه .

(٦ ، ٧) ساقط من (م) ، (ع) وما أثبتناه من (ص) .

(٨) في (م) ، (ع) : [لم] : وما أثبتناه من (ص) .

(٩) من شروط الإيلاء التي لا يصح إلا بها أن يحلف بالله تعالى أو بصفة من صفاته . ولا خلاف بين أهل العلم أن الحلف بذلك إيلاء ، فأما الحلف على ترك الوطء بغير هذا مثل أن يحلف بطلاق ، أو عتاق ، أو صدقة المال ، أو الحج ، أو الظهار ، فعلى قول الشافعي القديم : لا يكون موليًا ، وأيضًا في إحدى الروايتين عن أحمد ، وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي في الجديد ، وفي رواية عن أحمد : كل يمين منعت جماعًا فهي إيلاء . انظر : بدائع الصنائع (١٩٣١/٤) ، الإمام الشافعي (٢٦٥/٥) ، تكملة المجموع (٢٩١/١٦ – ٢٩٢) ، حاشية الدسوقي (٤٢٦/٢) ، المغني لابن قدامة (٢٩٨/٧) .

(١٠) وهذا اتفاق بين الفقهاء أن مثل هذا القول لا يكون إيلاء ، لأن من شروط الإيلاء أن يكون أربعة أشهر فصاعدًا . انظر : بدائع الصنائع (١٩٥٣/٤) ، الشرح الصغير للدردير (٦٢/٢) ، المغني لابن قدامة (٣٠١/٧) ، المهذب (١٣٦/٢ – ١٣٧) .

٢٤٢٥٤ - قلنا : قولكم يمين بالله لا تأثير له في الأصل ؛ لأن اليمين سواء كانت بالله أو بغيره لا تفضي إلى الطلاق إذا كانت المدة شهرًا . والمعنى فيه أنه يصل إلى وطئها في مدة الإيلاء من غير شيء يلزمه .

٢٤٢٥٥ - قالوا : وفي مسألتنا لا يتوصل إلى وطئها في مدة الإيلاء إلا بشيء يلزمه من أحكام اليمين .

٢٤٢٥٦ - قالوا : قول لا يقع به ، ولا يتعقبه طلاق معجل ، فكذلك [1] المؤجل كقوله : والله لا أقربك ثلاثة أشهر [2] .

٢٤٢٥٧ - قلنا : الوصف غير مسلم ، لأنه إذا قال : والله لا أقربك ، ينوي الطلاق وقع الطلاق به [3] ؛ ولأنه لا يمتنع أن لا يقع باللفظ طلاق معجل ، ويقع في الثاني كقوله : اختاري ، إذا انضم إليه الاختيار [4] .

٢٤٢٥٨ - والمعنى في الأصل : أنه يصل إلى وطئها في مدة التربص من غير شيء يلزمه [5] ، وفي مسألتنا بخلافه . يبين الفرق بينها أن اليمين إذا كانت على ثلاثة أشهر لم يوقف عند مخالفنا بمضيها ، فإذا كانت أكثر من أربعة أشهر يوقف ، فكذلك على أصله يختلفان أيضًا [6] .

٢٤٢٥٩ - قالوا : حلف على ترك وطئها ، ولم يحنث ، فلم يقع به طلاق [7] ، أصله إذا قال : إن وطئتك ، فلله عليَّ أن أصلي ركعتين [8] .

---

(١) في (م) ، (ع) : [فلذلك] . (٢) انظر : الحاوي الكبير للماوردي (٣٤٢/١٠) .

(٣) أي : أن ما ذكره المخالف أنه ليس إيلاء ولا عدة لأن الإيلاء لابد فيه من أربعة أشهر ، والعدة لابد أن يتقدمها طلاق غير مسلم لأنه إذا قال : والله لا أقربك ينوي الطلاق وقع الطلاق به . انظر : بدائع الصنائع (١٩٢١/٤) ، حاشية ابن عابدين (٤٢٣/٣) .

(٤) أي : لأن هذا القول : « والله لا أقربك » لا يمنع وقوع الطلاق المعجل وكذلك لا يمنع وقوع الطلاق في الطلاق المؤجل وهو الإيلاء . (٥) أي : من غير شيء يلزمه بالإيلاء من الفيء أو الطلاق .

(٦) أي : أن الخلاف قائم بين الحنفية والشافعية سواء كانت المدة أربعة أشهر أو أقل من حيث المطالبة أو الوقف لا تشرع في أقل من أربعة أشهر ، وإنما أكثر منها ويقع الطلاق بمضيها إذا كانت بعد المدة .

(٧) إن قال المخالف : أي أن الحلف على أقل المدة لا يترتب على وقوع الطلاق ، وأيضًا لا يلزمه الكفارة عليه ؛ لأن الذي يتوصل إليه الفيء وقع قبل إتمام مدة الإيلاء المضروبة ، فلا يقع الطلاق كما لا يلزمه الكفارة .

(٨) أي : الدليل على أنه لا يعد موليًا لأن المدة دون أربعة أشهر . كما إذا قال : إن وطئتك فلله أن أصلي ركعتين فعند الشافعية لا يجعل موليًا به . انظر : مغني المحتاج (٢٣٤٤/٣) ، المهذب (١٣٥/٢) ، وشرحه (٢٩٠/١٦) .

٢٤٢٦٠ - قلنا : هذه المسألة قال محمد [١] في الأصل : يكون مؤليًا في قول أبي يوسف [٢] الأول ، وهو قول محمد ، وفي قول أبي يوسف الآخر : ليس هو بمؤلٍ ، ولم يذكر قول أبي حنيفة .

٢٤٢٦١ - فإذا قلنا : بقول محمد لم نسلم هذا الأصل [٣] .

٢٤٢٦٢ - قالوا : هذا اللفظ ليس بصريح في الطلاق ، ولا كناية بدلالة أنه لا يقع به الطلاق مع وجود النية ، وفقدها [٤] ، فلم يجز أن يقع به الطلاق في الثاني [٥] .

٢٤٢٦٣ - قلنا : هذا غير مسلم ؛ لأنه لو قال : والله لا أقربك ، ونوى به الطلاق

---

(١) هو : أبو عبد الله محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني بالولاء ، فقيه مجتهد محدث ، أصله من حرستا بغوطة دمشق ، وولد سنة ١٣٥هـ ، وفي رواية ١٣٢هـ ، بواسط ، ونشأ بالكوفة فطلب الحديث وجالس أبا حنيفة سنين ، تفقه على يد أبي يوسف ، وقدم بغداد ونزلها ، وسمع منه الحديث ، وأخذ عنه الرواية فولاه الرشيد القضاء بها ثم عزله . من تصانيفه : الجامع الكبير والصغير ، وكلاهما في فروع الفقه الحنفي ، وكتاب الحجة على أهل المدينة ، وكتاب الآثار ، توفي سنة ١٨٩هـ . انظر : الجواهر المضية (١٢٢/٣) ، معجم المؤلفين (٢٢٩/٣) .

(٢) هو : يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الأنصاري الكوفي البغدادي ، أبو يوسف ، فقيه أصولي مجتهد محدث ، حافظ ، عالم بالتفسير والمغازي ، وأيام العرب ، ولد سنة ١١٣هـ بالكوفة ، وتفقه على أبي حنيفة ، وسمع عطاء بن السائب وطبقته ، وروى عنه : محمد بن الحسن الشيباني ، وأحمد بن حنبل ، ويحيى بن معين ، وولي القضاء ببغداد لثلاثة من الخلفاء العباسيين ، ودعي بقاضي القضاة ، من آثاره : كتاب الخراج ، المبسوط في فروع الفقه الحنفي ، كتاب أدب القاضي على مذهب أبي حنيفة وغيره ، توفي سنة ١٨٢هـ ، ببغداد ودفن في مقابر قريش . انظر : الجواهر المضية (٦١١/٣ - ٦١٣) ، معجم المؤلفين (١٢٢/٤) .

(٣) قال محمد وأبو يوسف في القول الأول إن قول : إن قربتك فعلي أن أصلي ركعتين يكون موليًا وذهب إليه الشافعي . وقال أبو يوسف في القول الثاني : وبه قال الإمام أبو حنيفة لا يكون موليًا ، واستدل محمد بأن الصلاة مما يصح إيجابها بالنذر كالصوم والحج فيصير موليًا كما قال لله على صوم أو حج . واستدل الإمام أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله أن هذا لا يصلح مانعًا لأنه لا يثقل على الطبع بل يسهل ولا يعد مانعًا في العرف أيضًا . ألا ترى أن الناس لم يتعرفوا الحلف بالصلاة بخلاف الحج والصوم ، وذلك لا مدخل للصلاة في الكفارة ولا تعلق لها بالمال بخلاف الصوم والحج . انظر : بدائع الصنائع (١٩٤٣/٤) ، تحفة الفقهاء (٣٠٧/٢) ، شرح فتح القدير (٥١/٤) ، حاشية ابن عابدين (٤٢٦/٣) ، مغني المحتاج (٣٤٤/٣) ، تكملة المجموع (٢٩٣/١٦) ، وحاشية الدسوقي (٤٢٦/٢) . ويتفق رأي الإمام أحمد مع رأي أبي يوسف في القول الأول وكذا ذكره في الكشاف (٣٥٦/٥) .

(٤) ورد عند البعض أن لفظ الكناية ما يجري مجرى الصريح في الحكم دون الباطن . انظر : بدائع الصنائع (١٩٣١/٤) ، المغني لابن قدامة (٣١٥/٧ ، ٣١٦) .

(٥) أي : في الإيلاء المغني لابن قدامة (٣١٥/٧ ، ٣١٦) .

المعجل كان طلاقًا مؤجلًا (١) عندنا بالشرع لأنه كان طلاقًا في الجاهلية لم تغيره الشريعة عن معناه ، وإنما غير به (٢) التأجيل ؛ فإذا مضت المدة عاد إلى معناه ، فوقع الطلاق به (٣) .

٢٤٢٦٤ - فإن قيل : لا يخلو أن يكون طلاقًا عاجلًا (٤) أو آجلًا ، وبطل أن يكون عاجلًا بالاتفاق ولا (٥) يجوز أن يكون مؤجلًا ؛ لأنه لو كان كذلك لم يصدق الأجل المضروب (٦) ، فلما قلتم إنه لو قال : « والله لا أقربك سنة » وقع الطلاق بمضي أربعة أشهر (٧) ، ودل على أنه ليس بمؤجل عندنا بالشريعة ، فلا معنى لاعتبار تأجيل الحالف إذا ذكر مدة يصح معها الإيلاء .

* * *

---

(١) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٢) في (م) ، (ع) : [عبر به] .

(٣) أي : إذا قال : والله لا أقربك ونوى به الطلاق المعجل أي أقل من المدة المضروبة أربعة أشهر فلا يقع الطلاق أو وقع الطلاق إلا أن وقوعه بمضي أربعة أشهر لأن الذي يعتبر به لشريعة هو التأجيل .

(٤) في (م) : [عاجزًا] .

(٥) في (م) ، (ع) : [فلا] .

(٦) أي : الأربعة أشهر .

(٧) انظر : المبسوط للسرخسي (٢٢/٧) .

مسألة ١١٧١

تحديد مدة أربعة أشهر في الإيلاء

٢٤٢٦٥ - قال أصحابنا [رحمهم الله] : إذا حلف لا يطؤها أربعة أشهر فصاعدًا ، فهو مؤلٍ [1] .

٢٤٢٦٦ - وقال الشافعي [رحمه الله] : لا يصح الإيلاء حتى يحلف على أكثر من أربعة أشهر . مدة يمكن أن يوقفه القاضي فيها .

٢٤٢٦٧ - فإن قال : لا أقربك أربعة أشهر ، فليس بمؤلي [2] .

٢٤٢٦٨ - لنا : قوله تعالى : ﴿ لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ﴾ [3] . فذكر تعالى مدة أربعة أشهر ولم يزد عليها ، فمن قال إن الحكم معلق [4] بزيادة على الأربعة ، فهو تارك [لظاهر النص . فإن قيل : ذكر اللّٰه تعالى المؤلي المطلق لإيلائه] [5] ، وهو من حلف لا يقربها ، وذلك يقتضي التأبيد وجعل التربص أربعة أشهر [6] .

٢٤٢٦٩ - قلنا : هو الحالف على ترك الوطء مطلقًا ، أو مقيدًا بمدة [7] ، فظاهر الآية يقتضي أنه إذا حلف على يوم ، أو أربعة أشهر ، أو ما زاد ، فهو مؤلٍ إلا ما خصه دليل [8] ،

(١) انظر : المبسوط للسرخسي (٣٠٦/٧) ، بدائع الصنائع (١٩٣٠/٤) ، شرح فتح القدير (٤٠/٤) ، تحفة الفقهاء لعلاء الدين (٣٠٦/٢) ، حاشية ابن عابدين (٤٢٤/٣) ، اللباب (٦٠/٣) .

(٢) انظر : الأم للشافعي (٢٦٦/٥) ، المهذب (١٣٦/٢) ، مغني المحتار (٣٤٣/٣) ، زاد المحتاج بشرح المنهاج (٤٨٣/٣) ، وذهب أيضًا إليه المالكية والحنابلة . انظر : الشرح الصغير (٨٢٠/٢) ، المدونة الكبرى (٨٤/٢) ، المغني لابن قدامة (٣٠٠/٧) ، كشاف القناع على متن الإقناع (٣٥٣/٥) .

(٣) سورة البقرة : الآية ٢٢٦ .

(٤) في (م) ، (ع) : [يتعلق] .

(٥) في (م) ، (ع) : [لظاهر النص للطلاق المولي المطلق لإيلاؤه] وما أثبتناه من (ص) .

(٦) أي : أن الشافعي ومن معه يرد عليهم قوله بزيادة مدة الإيلاء عن الأربعة أشهر بأنه قد خرج عن ظاهر الآية التي تشرح التربص بأربعة أشهر فتكون الزيادة بدون دليل . انظر : المبسوط (٢٠/٧) ، شرح فتح القدير (٤٢٠/٤) ، بدائع الصنائع (١٩٦٣/٤ ، ١٩٦٤) ، تحفة الفقهاء (٣٠٦/٢) .

(٧) انظر : تحفة الفقهاء (٢٠٦/٢) .

(٨) تحديد مدة الإيلاء بقوله تعالى : ﴿ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ﴾ فلا يجوز الزيادة عليها . إلا أنه قال بعض العلماء : إن مدة الإيلاء غير مقدرة يستوي فيها القليل والكثير حتى لو حلف لا يقربها يومًا أو ساعة كان مؤليًا ، وقد استدلوا بأن رسول اللّٰه ﷺ أنه آلى من نسائه شهرًا فلما أتم تسعة وعشرين يومًا ترك إيلاءه فقيل له : إنك آليت =

ولأنها مدة ورد القرآن بها بلفظ التربص ، ولا يجوز الزيادة عليها كمدة العدة [١] ، ولأنه تارك لوطئها أربعة أشهر بيمين ؛ فكان مؤليًا كما لو أطلق الحلف ، ولأنها مدة مضروبة [٢] لإزالة الضرر عنها [٣] ؛ فلا تجوز الزيادة على ما ورد به الشرع ، كمدة العنة .

٢٤٢٧٠ - ولأنه لا يتوصل إلى وطئها في مدة الأربعة الأشهر إلا [٤] بحيث يلزمه شيء [٥] كمن أطلق اليمين ، وهذه المسألة مبنية على أن البينونة تقع بمضي المدة [٦] ، فلا معنى لاعتبار الزيادة عليها ، وإنما المعتبر بقاء اليمين حين وقوع الفرقة [٧] ، وللشافعي [٨] بناءً على أصله أن مدة الفيء [بعد الأربعة الأشهر فلا بد من بقاء اليمين إلى مدة الفيء كما لابد من بقائها في مدة الأربعة الأشهر لأنها مدة الفيء] [٩] .

= شهرًا يا رسول الله فقال : الشهر تسعة وعشرون يومًا . حديث أخرجه ابن ماجه في زوائد ابن ماجه على الكتب الخمسة للشيخ ابن العباس شهاب الدين بن أحمد الكناني ، ولأن الله تعالى لم يذكر في كتابه الكريم للايلاء مدة ، بل أطلقه إطلاقًا بقوله ﷻ : ﴿ لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ﴾ فجرى على إطلاقه وإنما ذكر المدة حتى تبين بمضي المدة من غير فيء . لكن الراجح هو قول الجمهور : بأن المدة مقدرة لقوله تعالى : ﴿ لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ﴾ حيث ذكر أن للإيلاء حكم الطلاق بمضى مدة مقدرة فلا يكون الحلف على ما دونها إيلاء في حق هذا الحكم ، وهذا لأن الإيلاء ليس بطلاق حقيقة وإنما جعل طلاقًا بشروط ، منها : كونه مانعًا من الجماع أربعة أشهر فصاعدًا ، فلا يجعل طلاقًا بدونه . ولأن الإيلاء هو اليمين الذي يمنع الجماع خوفًا من لزوم الحنث ، وبعد مضي يوم أو شهر يمكنه أن يطأها من غير حنث يلزمه فلا يكون هذ إيلاء . انظر : المبسوط للسرخسي (٢٣/٧) ، بدائع الصنائع (١٩٥٢/٤ ، ١٩٥٣) ، المهذب (١٣٦/٢) ، المدونة الكبرى (٨٤/٥) .

(١) انظر : المبسوط للسرخسي (٢١/٧ ، ٢٣) ، بدائع الصنائع (١٩٥٣/٤ ، ١٩٥٤) . اعترض المخالف وقال : إنكم تزيدون على مدة التربص فالرد هو أننا لا نزيد عليها وإنما نقدر بها مطالبة الفيئة في مدة التربص . انظر : الحاوي الكبير (٣٤٢/١٠) .

(٢) في (م) : [مضرنة] ، وفي (ع) : [مضربة] .

(٣) انظر المبسوط للسرخسي (٢٠/٧) ، بدائع الصنائع (١٩٦٣/٤) ، شرح فتح القدير (٤٢/٤) ، ابن عابدين (٤٢٤/٣) .

(٤) في (م) ، (ع) : [لا] .

(٥) ساقط من (م) ، (ع) .

(٦) أي : أن عدم الوطء في مدة الإيلاء ليس لكونه لازما مثل ما ورد اليمين ، وإنما يكون ذلك استمرارًا لعزيمته بما قصده الإيلاء من الطلاق حيث إنه وقع بمضي المدة . انظر : بدائع الصنائع (١٩٦٢/٤) ، شرح فتح القدير (٤٢/٤) .

(٧) إذا كان وقع الطلاق بمضى المدة فلا حاجة إلى زيادة المدة لوقوع الطلاق بعدها لأن الطلاق يعتبر وقوعه بالمعنى ملتزمًا باليمين .

(٨) في (م) ، (ع) : [الشافعي] .

(٩) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) . أي : أن مدة أربعة أشهر تكون مدة الفيء ، أما بعدها فإنها تكون مدة الخيار بين الفيء والطلاق

٢٤٢٧١ - وهذا لا يصح ؛ لأنه عقد على خمسة أشهر [(١)] ؛ فلو لم يطالبه بالفيء حتى مضت سنة ثبت حكم الطلاق عندهم ، وإن نقضت اليمين [(٢)] ، كذلك إذا عقد على أربعة أشهر ، فمضت جاز أن يثبت حكم المطالبة ، وإن لم يكن يمين [(٣)] .

٢٤٢٧٢ - قالوا : الطلاق وقع [(٤)] طلاقًا [(٥)] .

٢٤٢٧٣ - قلنا : المدة عندنا هي الموجبة لوقوع الطلاق [(٦)] ، فصار كقوله : « إن دخلت الدار فأنت طالق » . فإنه يحنث [(٧)] بدخول الدار ويقع الطلاق بعد الدخول [(٨)] ، ولا يمين حينئذ كذلك في مسألتنا [(٩)] .

* * *

---

(١) أي : ورد الحنفية أن الفيء بالمطالبة بعد المدة لا يصح وذلك زيادة على المدة المضروبة ، وإذا كان كذلك فيكون كأننا اعتبرنا الإيلاء بمدة الزيادة على أربعة أشهر .

(٢) انظر : المهذب (١٣٧/٢) ، مغني المحتاج (٣٤٤/٣) .

(٣) الدليل الآخر : أن الإيلاء هو الحلف على أربعة أشهر فصاعدًا أنه إذا لم تطالب بعد السنة وقع الطلاق ، فكذلك إذا لم يطالب بالفيء في أربعة أشهر وقع الطلاق بمضيها لأن المطالبة فيها جائز .

(٤) في (م) ، (ع) : [يقع] .

(٥) أجاب المخالف على ذلك : ما دام القصد في الإيلاء هو الطلاق ، فإذا لم يطالب بالفيء رغم مضي السنة فوقع الطلاق . انظر : مغني المحتاج (٣٤٤/٣) .

(٦) حيث إن الأصل في الإيلاء أن الطلاق يتبع المدة لا اليمين ، فيقع الطلاق بموجب المدة خلافًا لزفر ، حيث قال : إن الطلاق يتبع اليمن . انظر : بدائع الصنائع (١٩٤٤/٤) ، تحفة الفقهاء (٣٠/٢) .

(٧) في (م) ، (ع) : [يجب] .

(٨) انظر : بدائع لصنائع (١٩٤٥/٤) .

(٩) إذا كان الطلاق يقع بموجب المدة ، لأن الأصل في الإيلاء أن الطلاق يتبع المدة فلا يمين حينئذ في وقوع الطلاق بدخول الدار كقوله : « أنت طالق إن دخلت الدار » فيقع الطلاق بمضي المدة لا باليمين .

الحلف بألفاظ الطلاق أو العتاق ونحوهما

٢٤٢٧٤ - قال أصحابنا : إذا حلف أن لا يطأها بالله ، أو [1] بالطلاق [2] ، أو بالعتاق [3] ، أو بصدقة [4] المال [5] ، أو بحج ، كان مؤليًا .

٢٤٢٧٥ - وهو قول للشافعي [6] في قوله الجديد .

٢٤٢٧٦ - وقال في القديم : لا يكون مؤليًا [7] إلا أن يحلف بالله تعالى [8] .

---

(١) ساقط في (م) .

(٢) الطلاق لغةً : رفع القيد ، لكن جعلوه في المرأة طلاقًا وفي غيرها إطلاقًا . وشرعًا : رفع قيد النكاح في الحال بالبائن أو المآل بالرجعي بلفظ مخصوص . انظر : القاموس المحيط (٢٥٨/٣) ، حاشية رد المحتار (٢٦٢/٣) .

(٣) العتاق لغةً : الخروج عن المملوكية : من باب ضرب مصدره عتق وعتاق . وشرعًا : عبارة عن إسقاط المولى حقه من مملوكه بوجه مخصوص يصير به المملوك من الأحرار . انظر : القاموس المحيط (٢٦٢/٣) ، حاشية ابن عابدين (٦٤١/٣) .

(٤) الصداق لغةً : مهر امرأة يقال أصدق المرأة حين تزوجها جعل له صداقًا . وشرعًا : هو المال يجب في عقد النكاح على الزوج في مقابلة منافع البضع إما بالتسمية أو بالعقد . انظر : لسان العرب (٢٤٢/٤) ، الوسيط (١١٦/٢) ، العناية (٣١٦/٣) .

(٥) الحج بفتح الحاء وكسرها لغةً : القصد إلى معظم لا مطلق القصد . وشرعًا : زيارة مكان مخصوص في زمن مخصوص بفعل مخصوص . انظر : القاموس المحيط (١٨٢/١) ، حاشية ابن عابدين (٤٥٥/٣) .

(٦) في (م) ، (ع) : [الشافعي] .

(٧) كل لفظ دل على منع النفس من الجماع في الفرج مؤكدًا باليمين بالله تعالى ، أو بصفاته ، أو باليمين بالشرط والجزاء ، حتى لو امتنع عن جماعها ، أو هجرها سنة ، أو أكثر لم يكن مؤليًا ما لم يأت بلفظ يدل عليه لأن الإيلاء يمين . انظر : المبسوط (٢٣٥/٧) ، شرح فتح القدير ٥١١٤ ، بدائع الصنائع (١٩٤١/٥) ، حاشية ابن عابدين (٤٢٦/٣) ، الاختيار (١٥٢/٣) ، البناية (١٧٩/٥) .

(٨) ووجه القول في القديم أنه يمين بغير الله ﷻ فلم يصح به الإيلاء ، كاليمين بالنبي ﷺ ، والكعبة . انظر : المهذب (١٣٥/٢) ، مغني المحتاج (٣٤٤/٣) ، روضة الطالبين (٢٢٣٠/٨) . وقال الإمام مالك : يكون مؤليًا . انظر : الكافي لابن عبد البر . وقال الإمام أحمد بما قال به الشافعي في قوله القديم : إن الحلف يشترط أن يكون بالله تعالى : أو بصفة من صفاته ، فإن حلف على ترك الوطء ، أو عقد ، أو طلاق ، أو صدقة مال ، أو حج ونحوه ، فليس بمؤلٍ لأنه لم يحلف بالله تعالى أشبه ما لو حلف بالكعبة ، ولأن هذا تعليق بشرط . انظر : المغني لابن قدامة (٢٨٩/٧) .

٢٤٢٧٧ - لنا : قوله تعالى : ﴿ لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ﴾ [(١)] ، [والإيلاء هو الحلف] [(٢)] ولم يفصل بين اليمين بالله ، أو بغيره [(٣)] ، ولأنه لا يتوصل إلى وطئها في مدة الإيلاء إلا بمعنى يلزمه ، فصار كالحلف بالله [(٤)] ، ولأنه إذا حلف على ترك الوطء بالله تعالى لم يتوصل إلى وطئها إلا بوجوب عتق ، أو إطعام ، أو صدقة ، أو صوم [(٥)] .

٢٤٢٧٨ - فإذا صرح بإيجاب ذلك على نفسه إن وطئها ، فهو أكد ما في مضمون كلامه [(٦)] .

٢٤٢٧٩ - احتجوا : بأن الطلاق يمين بالله دون غيره [(٧)] .

٢٤٢٨٠ - الجواب : أن اليمين ما كان بالله ، وبغيره ، وبدلالة أن من قال لامرأته : إن وطئتك فعبدي حر قال أهل الشرع : قد حلف بعتق عبده ، وألفاظ الشرع مأخوذة من الشارع [(٨)] .

٢٤٢٨١ - فإن قيل : روي عن النبي ﷺ أنه قال : « من كان حالفًا ، فليحلف بالله » [(٩)] ،

---

(١) سورة البقرة : الآية ٢٢٦ .

(٢) ما بين المعكوفتين سقط في (ع) . انظر : تبيين الحقائق (٢٦٢/٢) ، مغني المحتاج (٣٤٤/٣) .

(٣) انظر : مختصر الطحاوي ٢٠٧ ، بدائع الصنائع ١٩٣١/٤ .

(٤) قال صاحب الأنهر : « معنى يلزمه الجزاء ، أو الشرط وما يلزمه من اليمين الحنث » ، وقال في التبيين : « وإنما صار مؤليًا ، لأن المنع باليمين قد تحقق وهو ذكر الشرط والجزاء ، وهذه الأجزية مانعة من الوطء ، فصار معنى اليمين بالله تعالى » . انظر : مختصر الطحاوي ٢٠٨ ، بدائع الصنائع (١٩٤١/٤) ، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر (٤٤٢/١) ، تبيين الحقائق بشرح كنز الدقائق (٢٦٥/٢) .

(٥) انظر : مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر (٤٤٢/١) ، مختصر الطحاوي ٢٠٨ .

(٦) أي : أنه قد أوجب بفعل ذلك -من إطعام أو غيره- على نفسه إذا فعل ما يخالف كلامه من المحلوف به يلزم عليه فعل ذلك المحلوف . انظر : مختصر الطحاوي ٢٢٠٩ ، بدائع الصنائع (١٩٤١/٤) ، تحفة الفقهاء (٣٠٧/٢ ، ٣٠٨) ، المهذب (١٣٥/٢) .

(٧) انظر : الأم للشافعي (٢٥٦/٧) .

(٨) في (م) ، (ع) : [صاحب الشرع] . أي : أن الحلف بغيره تعالى مأخوذ من الشرع ، وقد أخذ من حديث النبي ﷺ أنه قال : « لا تحلفوا بآبائكم ، ولا بالطواغيت ، فمن كان منكم حالفًا فليحلف بالله ، أو ليذر » . والإيلاء في اللغة عبارة عن يمين ، واسم اليمين يقع على اليمين بالله تعالى ، ويقع على اليمين بالشرط والجزاء لتحقق معنى اليمين وهو القوة . انظر : بدائع الصنائع (١٩٤١/٤) ، المبسوط للسرخسي (٢٤/٧) ، حاشية ابن عابدين (٤٢٦/٣) ، مغني المحتاج (٣٤٤/٣) ، المهذب (١٣٥/٢) .

(٩) أخرجه البخاري كتاب الأيمان (٥٣/٥) ، مسلم كتاب الأيمان (٤١٦/٤) .

فدل ذلك على أن الحلف بغير الله ليس بيمين (١) .

٢٤٢٨٢ - قلنا : هذا هو الدليل عليكم ؛ لأنه لما نهى عن الحلف بغير الله تعالى ، دل على أن يكون حالفًا به ؛ لأن النهي إنما يكون عما يتصور وجوده ، لا أنه ممنوع منه (٢) .

٢٤٢٨٣ - وقوله : ﴿ لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ﴾ خبر (٣) لا يدل على إباحة [المخبر به] (٤) ، ولا [على حظره] (٥) .

٢٤٢٨٤ - فإن قيل : قال الله تعالى : ﴿ فَإِن فَآءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴾ (٦) ؛ فدل ذلك على أن الحلف بالله تعالى ، لأنه إذا أبانها ، ثم فاء وجبت الكفارة عليه ، ولم يلزمه شيء سواها من الأيمان بالحنث (٧) .

٢٤٢٨٥ - قلنا : إذا آلى بالله تعالى ، ثم فاء وجبت الكفارة عليه عندنا ، كما يلزمه الحنث في غيرهما مما حلف عليه ، وذكر الغفران لا ينفي وجوب الكفارة لو حلف على يمين فرأى غيرها خيرًا منها ، ندب إلى الحنث ، ووجبت الكفارة عليه عندنا (٨) .

٢٤٢٨٦ - قالوا : إذا حلف بغير الله توصل إلى وطئها من غير شيء ، لأنه يبيع عبده ، ويخالع زوجته .

٢٤٢٨٧ - قلنا : فإذا قال : إن وطئتك ، فعليَّ عتق رقبة ، فليس بمؤلٍ عندكم ، وإن كان لا يتوصل إلى وطئها إلا بالحنث ، ثم هذا ليس بصحيح ؛ لأنه لا يقدر على الوطء في الموضع الذي ذكروه إلا بحنث ، أو ضرر يلحقه بخلع زوجته ، وبيع عبده ، وهذا كالضرر الذي يلحقه بوجوب الكفارة (٩) .

* * *

---

(١) انظر : الأم للشافعي (٢٤٩/٥) ، المهذب (١٦٥/٢) ، مغني المحتاج (٣٤٤/٣) .
(٢) انظر : بدائع الصنائع (١٩٤١/٤) .
(٣) في (م) ، (ع) : [خبره] .
(٤) في (م) ، (ع) : [الخبر به] .
(٥) في (م) : [على حضره] .
(٦) سورة البقرة : الآية ٢٢٦ .
(٧) الأم للشافعي (٢٤٩/٥) .
(٨) انظر تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق (٢٦٢/٢) ، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر (٤٤٨/١) .
(٩) انظر : بدائع الصنائع (١٩٤١/٤) .

مسألة ١١٧٣

إذا حنث في يمين الإيلاء في المدة يجب عليه الكفارة

٢٤٢٨٨ - قال أصحابنا : إذا آلى من امرأته ، ثم [طلقها ثم] (١) فاء إليها في المدة بالجماع حنث في يمينه ، ووجبت الكفارة (٢) .

٢٤٢٨٩ - وهو قول الشافعي في الجديد (٣) ، وقال في القديم : لا كفارة عليه (٤) .

٢٤٢٩٠ - لنا : قوله تعالى : ﴿ ذَٰلِكَ كَفَّٰرَةُ أَيْمَٰنِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ ﴾ (٥) ، والمراد به حنثتم (٦) ، وهو عام .

٢٤٢٩١ - ويدل عليه قوله [ﷺ] (٧) : « من حلف على يمين فرأى غيرها خيرًا منها فليأت الذي هو خير » (٨) وروي وليكفر عن يمينه (٩) ، ولأنه تارك لوطئها بيمين بالله تعالى (١٠) ، فإذا وطئها مع بقاء اليمين وجبت الكفارة ، كما لو حلف على وطء أمته (١١) ، ولأن كل مدة لو حلف فيها على ترك الكلام ، ثم كلمها وجبت الكفارة ،

---

(١) ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) انظر : مختصر الطحاوي ٢٠٧ ، البناية في شرح الهداية (٦٣٤/٤) ، اللباب (٦٠/٣) .

(٣) انظر : الأم للشافعي (٢٦٥/٥) ، المهذب (١٤٠/٢) ، شرح المهذب (٣٢٧/١٦) ، مغني المحتاج (٣٥١/٣) ، روضة الطالبين وعمدة المفتيين (٢٣١/٨) ، كفاية الأخيار (١١١/٣) . وذهب إلى هذا الإمام مالك وأحمد . انظر : الشرح الصغير (٦٢٨/٢) ، حاشية الدسوقي (٤٣٥/٢) ، المغني لابن قدامة (٣٢٤/٧) ، كشاف القناع عن متن الإقناع (٣٦٠/٥) .

(٤) انظر : مغني المحتاج (٣٥١/٣) ، المهذب (١٤٠/٢) ، روضة الطالبين (٢٣١/٨) ، تكملة المجموع (٣٢٧/١٦) ، كفاية الأخيار (١١١/٣) .

(٥) سورة المائدة : الآية ٨٩ .

(٦) المراد إذا حلفتم ثم حنثتم ، والحنث معناه ترك اليمين ، فإذا حنث فعليه الكفارة عن إطعام العشرة مساكين، أو كسوتهم ، أو تحرير رقبة ، وصيام الثلاثة أيام . انظر : جامع البيان للطبري (٣١/٥) .

(٧) في (م) ، (ع) : [عليه السلام] .

(٨) رواه مسلم والترمذي ، وأخرجه مسلم في كتاب الأيمان حديث رقم (١١) ، وسنن الترمذي الجامع الصحيح (١٠٧/٤) ، باب ما جاء في الكفارة قبل الحنث حديث رقم (١٥٣٠) .

(٩) أخرجه الإمام أحمد في مسنده (٢٩٩/١٦) ، حديث رقم (٨٧١٩) .

(١٠) انظر : البناية في شرح الهداية (٦٣٥/٤) .

(١١) انظر : الجامع الصغير ٦٨ ، المبسوط للسرخسي (٣٥/٧) ، بدائع الصنائع (١٩٣٥/٤) . وقال صاحب البدائع : « إذا حلف على ترك أمته لا يكون مؤليًا ولكنه إذا أقر بها لزمته الكفارة » (٤٤١/٢ ، ٤٤٢) .

فإذا حلف على ترك الوطء فوطئها ، وجبت الكفارة . أصله ما دون أربعة أشهر (١) ، ولأن كل يمين عقدها على أربعة أشهر وحنث لزمته إذا عقدها على أكثر من ذلك ، ثم إذا (٢) حنث لزمته الكفارة كاليمين على ترك الكلام (٣) ، ولأن كل مدة لو حلف بها على ترك وطء أمته لزمته الكفارة بوطئها (٤) ، كذلك إذا حلف على ترك وطء زوجته ، فوطئها . أصله الأربعة الأشهر ، ولأن ما تعلقت به الكفارة في غير الزوجات تعلقت به في الزوجات ، أصله ترك الكلام (٥) .

٢٤٢٩٢ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ فَإِن فَآءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴾ (٦) ، ولم يذكر الكفارة (٧) .

٢٤٢٩٣ - الجواب : أن الغفران لا ينفي وجوب الكفارة (٨) ، وإنما سكت عن بيانها ، لأنه ذكرها في آية أخرى (٩) .

٢٤٢٩٤ - قالوا : روي عنه ﷺ قال : « من حلف على يمين فرأى غيرها خيرًا منها فليأت الذي هو خير فإن ذلك كفارتها » (١٠) .

٢٤٢٩٥ - قلنا : روي وليكفر عن يمينه (١١) ، وهذا زائد فهو أولى ، ولأنه جعل اختيار (١٢) خير الأمرين ككفارة اليمين (١٣) ، والكلام في كفارة الحنث ، ولم يتعرض /

---

(١) انظر : مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر (٤٤١/٢ ، ٤٤٢) .

(٢) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٣) أي : ولو قال لامرأته إن كلمتك فأنت طالق ، فإذا تكلم حنث فوجبت الكفارة . انظر : الجامع الصغير ٢٦ .

(٤) انظر : الجامع الصغير ٦٨ ، المبسوط للسرخسي (٣٥/٧) ، بدائع الصنائع (١٩٣٥/٤) .

(٥) انظر : بدائع الصنائع (١٩٣٧/٤) ، مغني المحتاج (٣٤٤/٣) .

(٦) البقرة : ٢٢٦ .

(٧) انظر : تكملة المجموع (٣٢٧/١٦) .

(٨) انظر : تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق (٢٦٢/٢) ، كفاية الأخيار (١١١/٣) .

(٩) وهذا في قوله تعالى : ﴿ لَا يُؤَاخِذُكُمُ ٱللَّهُ بِٱللَّغْوِ فِىٓ أَيْمَٰنِكُمْ وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ ٱلْأَيْمَٰنَ فَكَفَّٰرَتُهُۥٓ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَٰكِينَ ﴾ المائدة : ٨٩ .

(١٠) أخرجه مسلم في صحيحه كتاب الأيمان حديث رقم ١١ ، وأحمد في المسند (٢١١/٢) ، والبيهقي في السنن الكبرى (٥١/١٠) .

(١١) رواه السيوطي في الجامع الصغير حديث ٢٤١٧ ، وأحمد في المسند (٢٩٩/١٦) رقم ٨٧١٩ .

(١٢) في (م) ، (ع) : [الاختيار] .

(١٣) في (م) ، (ع) : [كذلك] . انظر : سبل السلام شرح بلوغ المرام (١٤٣٥/٤ ، ١٤٣٦) ، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار (٢٤٨/٤) .

لذلك [١] .

٢٤٢٩٦ – قالوا : هو مأمور بوطئها ، فإذا فعل المأمور به لم يجز أن تلزمه الكفارة [٢] .

٢٤٢٩٧ – قلنا : هذا مجرد دعوى [٣] ، ويبطل بمن حلف لا يكلم أباه فإنه مأمور بكلامه ، وتجب عليه الكفارة [٤] .

٢٤٢٩٨ – قالوا : الإيلاء يوجب الفيء ، أو عزيمة الطلاق ، فإذا اختار عزيمة الطلاق ، فقد وفي باليمين ولم يحنث ، فإذا أفاء فقد فعل المحلوف عليه ، ولا يقال إن من لم يحنث إذا لم تلزمه الكفارة لم تلزم الحانث ، ولأن من وفى باليمين لاتلزمه الكفارة إذا كانت على أربعة أشهر . كذلك إذا كانت على أكثر منها [٥] .

* * *

---

(١) انظر : بدائع الصنائع (١٩٩٣٧/٤) ، مغني المحتاج (٣٤٤/٣) .

(٢) انظر : تكملة المجموع (٣٢٧/١٦) ، روضة الطالبين وعمدة المفتين (٢٥٥/٨) ، كفاية الأخيار (١١١/٢) .

(٣) في (م) ، (ع) : [الدعوى] والدعوى لغةً : يقصد بها الإنسان إيجاب حق على غيره ، أو هي الطلب ، أو التمني وتجمع على دعاوى . وشرعًا : إخبار بحق إنسان على غيره عند الحاكم ، وركنها : هو قول الرجل لي على فلان ، أو قبل فلان ، أو قضيت حق فلان ، أو أبرأني عن حقه ونحوها . انظر : المصباح المنير ١٩٤ ، اللباب في شرح الكتاب (٢٦/٤ ، ٢٧) .

(٤) انظر : المهذب (١٢٤/٢) .

(٥) انظر : المهذب (١٣٧/٢) .

مسألة ١١٧٤

الطلاق يقع بمضي المدة

٢٤٢٩٩ - قال أصحابنا : إذا مضت المدة وقع الطلاق [١] .

٢٤٣٠٠ - وقال الشافعي [رحمه الله] : يطالب بالفيء ، فإن دافع ذلك قال [٢] في الجديد يطلق الحاكم عليه [٣] .

٢٤٣٠١ - وقال في القديم : فيه قولان [٤] .

٢٤٣٠٢ - وهذه المسألة لا فائدة فيها ، لأن الفرقة تقع فيها [٥] عندنا بمضي المدة ، فلا معنى لإيقاع الفرقة بعد ذلك ، ولكنا نتكلم على التسليم ، فنقول : قال الله تعالى : ﴿ وَإِنْ عَزَمُوا۟ ٱلطَّلَٰقَ ﴾ ، فعلق ذلك بقول الزوج دون القاضي [٦] ، ولأن الإيلاء يتعلق به حكمان : الفيء والطلاق [٧] ، ومعلوم أن الفيء إذا كان بالقول لم يقم القاضي مقامه فيه ، كذلك الطلاق [٨] ، ولأنه تارك لوطئها بيمين ، فصار كما لو حلف على أربعة أشهر [٩] .

---

(١) انظر : المبسوط (٢٠/٧) ، بدائع الصنائع (١٩٦٢/٤) ، شرح فتح القدير (٤٢/٤) ، حاشية ابن عابدين (٤٢٤/٣) ، الهداية (٢٩/٢) .

(٢) ساقطة من (م) ، (ع) ، وأثبتناها من (ص) .

(٣) انظر : الأم للشافعي (٢٥٤/٥) ، روضة الطالبين (٢٥٥/٨) ، تكملة المجموع (٣٢٣/١٦) . وبه قال الإمام مالك والإمام أحمد . انظر : الشرح الصغير (٦٢٩/٢ ، ٦٣٠) ، حاشية ابن عابدين (٦٣٥/٢) ، المغني لابن قدامة (٣١٨/٧) ، كشاف القناع على متن الإقناع (٣٦٢/٥) .

(٤) القولان في القديم أحدهما : مثل القول الجديد يطلق الحاكم عليه ، والثاني : لا يطلق عليه بل يحبسه وينظره حتى يفيء أو يطلق . انظر : تكملة المجموع (٣٢٣/١٦) ، روضة الطالبين وعمدة المفتين (٢٥٥/٨) .

(٥) انظر : المبسوط للسرخسي (٢٠/٧) ، شرح فتح القدير (٤٢/٤) .

(٦) انظر : المبسوط للسرخسي (٢١/٧) ، تحفة الفقهاء (٣٠٨/٢) .

(٧) انظر : شرح فتح القدير (٤٣/٤) .

(٨) أي : دليل وقوع الطلاق بمضي المدة دون حاجة لحكم القاضي أنه إذا عجز الرجل عن الفيء بالفعل انتقل إلى الفيء بالقول ، انظر : المبسوط للسرخسي (٢٨/٧) ، بدائع الصنائع (١٩٥٧/٤) ، شرح فتح القدير (٥٤/٤) .

(٩) جاء في المذهب : « قال في الجديد : يطلق الحاكم عليه لأن ما دخلت النيابة فيه وتعين مستحقه وامتنع من هو عليه قام الحاكم فيه مقامه كقضاء الدين » . انظر : المهذب (١٤١/٢) .

٢٤٣٠٣ – قالوا : حق تدخله النيابة مستحقة [1] بتعين ، فإذا امتنع من هو عليه في الإيفاء كان للسلطان الاستيفاء كالدين [2] .

٢٤٣٠٤ – قلنا : عندنا لا يقوم القاضي مقامه في إيفاء الديون ، وإنما يحبسه [3] حتى يوفيه [4] ، ولأن الدين يجوز أن يستوفيه صاحب الحق إذا وجب حبس [5] حقه ، فجاز أن يوفيه الحاكم [6] ، والفرقة في مسألتنا لا تجوز أن تقع بفعل المرأة ، فلا يقوم الحاكم مقامه في إيفائها [7] .

٢٤٣٠٥ – قالوا : مدة يرفعها الوطء تتعلق بها الفرقة ، فكان للقاضي أن يوقع ذلك . أصله العنة [8] .

٢٤٣٠٦ – قلنا : مدة العنة ابتداؤها [9] يتعلق بها الفرقة ، فجاز أن تكون الفرقة المتعلقة بانقضائها إلى القاضي ، ولما كانت هذه المدة ابتداؤها [10] يتعلق بسبب من جهة الزوج ، كانت الفرقة تبطل به أيضًا [11] .

* * *

---

(١) انظر : المهذب (١٤١/٢) ، كفاية الأخيار (١١٢/١) .

(٢) إذا امتنع المدين عن الوفاء بدينه ، ففيه اختلاف الحنفية مع الشافعية في إجبار القاضي المدين على الوفاء ، فيرى أبو حنيفة أن القاضي لا سلطان له على مال المدين ، وإنما له الحق في حبسه وليس له الحق في بيع ماله للوفاء بدينه ، يرى الشافعية : أن للقاضي أن يجبر المدين على بيع ماله للوفاء بدينه ، فإن امتنع حق للقاضي أن يبيع ماله ويسدد دينه عنه لأنه إجبار بحق . انظر : المبسوط (٢١/٧) ، شرح فتح القدير (٤٢/٤) ، المهذب (١٤١/١) .

(٣) في (م) ، (ع) : [يجب] .

(٤) في (م) : [توفيه] .

(٥) في (م) ، (ع) : [حبسه] .

(٦) انظر : كفاية الأخيار (١١٢/٢) .

(٧) في (م) ، (ع) : [اتفاقها] . أي : أن الإيلاء يجوز أن تدخل فيه النيابة مثل وفاء الدين ، وللحاكم أن يبيع عليه ماله لإيفاء دينه ، وكذلك في الإيلاء يجوز للحاكم أن يطلق .

(٨) العنة : هي العجز عن الجماع ، وإذا ثبتت عنة الزوج ضرب القاضي له سنة بطلبها ، فإذا تمت رفعته إليه فإن قال : وطئت حلف وإلا فسخ القاضي ذلك . انظر : مغني المحتاج (٢٠٥/٣٠) ، وما بعدها .

(٩) ساقطة من (ع) .

(١٠) في (ص) : [ابتداؤها ابتداؤها] وأثبتناها من (م) ، (ع) .

(١١) الفرقة في العنة لا تكون إلا بحكم القاضي ، وللمرأة الحق في الوطء فلها المطالبة به بخلاف الإيلاء لأن الفرقة فيه من جهة الزوج فيكون متعلقًا بالزوج . انظر : الاختيار لتعليل المختار (١١٥/٣) .

مدة إيلاء الأمة

٢٤٣٠٧ - قال أصحابنا : مدة إيلاء الأمة شهران [١] .

٢٤٣٠٨ - وقال الشافعي : كإيلاء الحرة [٢] .

٢٤٣٠٩ - لنا : أنها مدة ورد بها القرآن بلفظ التربص ؛ فوجب أن يؤثر فيها الرق كمدة العدة [٣] ، ولأنها مدة للتربص ثبت ابتداؤها بقول الزوج كمدة العدة [٤] .

٢٤٣١٠ - فإن قيل : مدة العدة تختلف بالرق والحرية [٥] .

٢٤٣١١ - قلنا : هي وإن اختلفت فقد أثر الرق في نقصان كل ما يتعين منها ، ومدة الإيلاء لا يمكن تبعيضها ، فأثر في نقصانها [٦] .

٢٤٣١٢ - فإن قيل : مقصود العدة براءة الرحم ، وذلك يوجد في حيضة واحدة والمقصود بمدة الإيلاء إزالة الضرر بترك الوطء ، وهما يتساويان في ذلك .

٢٤٣١٣ - قلنا : إذا كان الاستبراء يتم بحيضة واحدة جاز اعتبار ما زاد عليها لمعنى مقصود ، ثم إن اختلفت الأمة والحرة فيه جاز أن يختلفا في مسألتنا .

٢٤٣١٤ - وقولهم إن مدة الإيلاء لنفي الضرر بترك الوطء صحيح لأن حق الحرة في

---

(١) انظر : المبسوط للسرخسي (٣١/٧) ، بدائع الصنائع (١٩٥٤/٤) ، شرح فتح القدير (٥٣/٤) ، البناية في شرح الهداية (٦٤٨/٤) ، الاختيار لتعليل المختار (١٥٣/٣) ، الهداية (٢٩٢/٢) . وبه قال الإمام مالك في رواية في مقابل الظاهر للإمام أحمد . انظر : بداية المجتهد (٨٨/٢) ، الشرح الصغير (٤٤٨/٣) ، المبدع شرح المقنع (٢٠/٨) . وقال صاحب الشرح الصغير : « لأنه على التنصف من الحرفي الحدود وهذا منها » (٤٤٨/٣) .

(٢) انظر : الأم (٢٧١/٥) ، المهذب (١٣٦/٢) ، مغني المحتاج (٣٤٨/٣) ، كفاية الأخيار (١١١/٢) ، وذهب إلى هذا الإمام أحمد في رواية ، وقال : مدة الإيلاء في الأحرار والرقيق سواء . انظر : المبدع في شرح المقنع (٢٠/٨) ، كشاف القناع في متن الإقناع (٣٦٢/٥) .

(٣) انظر : المبسوط للسرخسي (٣٣/٧) ، تبيين الحقائق في كنز الدقائق (٢٦٦/٢) .

(٤) انظر : المبسوط للسرخسي (٣٣/٧) ، بدائع الصنائع (١٩٥٤/٤) ، شرح فتح القدير (٥٣/٤) ، تبيين الحقائق في شرح كنز الدقائق (٢٦٦/٢) ، الهداية شرح بداية المبتدي (٢٩٢/٢) .

(٥) قال صاحب الكفاية : وعدة الأمة كعدة الحرة ، في المحل تعتد بقرءين إن كانت من دوات الأقراء ، وتعتد بالشهور في الوفاة بشهرين وخمس ليال وفي الطلاق بشهر ونصف إن لم تكن من ذوات الأقراء . انظر : مغني المحتاج (٣٩٥/٣) ، كفاية الأخيار (١٢٨/٢) .

(٦) انظر : بدائع الصنائع (١٩٥٤/٤) ، شرح فتح القدير (٥٣/٤) ، البناية في شرح الهداية (٦٤٨/٤) .

الوطء أوفى من حق الأمة لأن قسمها أكبر ، فالمدة التي وضعت لإيتاء الحق الأوفى يزيد على المدة التي وضعت لإيتاء الحق الأنقص ولأنها مدة [تعين فيها] (١) حقها من الوطء ، ولا يقف تقديرها على الحاكم فكان [لها] (٢) تأثير في نقصانها كمدة القسم .

٢٤٣١٥ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ﴾ ولم يفصل .

٢٤٣١٦ - الجواب : أن الآية خاصة في الأحرار ؛ لأن الله تعالى ذكر عزيمة النكاح ثم قال : ﴿ وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ ﴾ .

٢٤٣١٧ - قالوا : إن الآية خاصة في الأحرار .

٢٤٣١٨ - قالوا : مدة [معينة بالشرع] (٣) فوجب أن لا يختلف برق الزوجة وحريتها كمدة العنة وهي مدة لإزالة الضرر عن الزوجة بفقدها الوطء كمدة العنة .

٢٤٣١٩ - قلنا : مدة العنة ضربت لاختبار حال الزوج حتى [يظهر سبب] (٤) عجزه [أكان] (٥) خلقة أم حدث به معنى يرجى زواله . واختبار حال الزوج لا يختلف برق الزوجة وحريتها . فأما مدة الإيلاء ففرضها لاختبار حال الزوج ليوفيها حقها بالفيء . ومدة استمتاع الحرة أطول من استمتاع الأمة ، فلذلك اختلفت المدة بحسب اختلافهما في مدة الاستمتاع .

* * *

(١ - ٥) ما بين المعكوفتين زائد للسياق .

مسألة ١١٧٦

حكم الطلاق الواقع في الإيلاء

٢٤٣٢٠ - قال أصحابنا : الطلاق الواقع في الإيلاء بائن .

٢٤٣٢١ - وقال الشافعي : طلاق رجعي .

٢٤٣٢٢ - لنا : أنها مدة ورد بها القرآن بلفظ ...

٢٤٣٢٣ - فإن قيل : إيقاع البينونة ليتم الغرض من الفرقة بإزالة الضرر عنها ... فالفرقة المتعلقة بها بينونة كفرقة العنة .

٢٤٣٢٤ - فإن قالوا : هناك الفرقة فسخ [١] لم نسلم ذلك ، لأنها عندنا طلاق [٢] ، ولأن هذه المدة ضربت لتخلص المرأة من ضرر الزوج ، وتتوصل إلى زوج يوفيها حقها ، فلو جعلنا الفرقة رجعية ، لراجعها ، وعاد الضرر ، واحتاج القاضي إلى ضرب مدة أخرى [٣] .

٢٤٣٢٥ - فإن قيل : إذا كان زوج الصغيرة ابن عمها ، وآلى منها ، ووقعت الفرقة بمضي المدة جاز أن يتزوجها ، فلا يمكن من تزويجها حتى لا يستديم ضررها ، فلا يؤدي إلى ما قالوه [٤] .

٢٤٣٢٦ - وهذه المسألة مبنية على أصلنا : أن الفرقة تقع حكمًا ، والفرقة الحكمية بائنة [٥] كفرقة الرضاع [٦] .

---

(١) انظر : المهذب (٦٢/٢) ، تحفة الطلاب ٢٣٦ ، حاشية الشرقاوي (٢٩٤/٢ ، ٢٦٩) .

(٢) الفرقة نوعان : فرقة فسخ وفرقة طلاق ، والفرقة التي تكون من قبل الزوجة كالعنة والطلاق من قبل القاضي ، أو الحاكم فرقة فسخ ، وأما الفرقة التي تكون من قبل الزوج أو بسبب منه فهي فرقة طلاق والفرقة في الإيلاء هي فرقة طلاق . انظر : فتح القدير (٢١/٣) ، بدائع الصنائع (١٩٦٦/٤) ، رد المحتار لابن عابدين (٥٧١/٢) .

(٣) انظر : البناية في شرح الهداية (٨٤٨/٤) .

(٤) أي أن الفرقة رجعية .

(٥) انظر : فتح القدير (٤٣/٤) .

(٦) الرضاع : هو بفتح الراء ، ويجوز كسرها ، معناه لغة : اسم لمص الثدي وشرب لبنه . وشرعًا : اسم لحصول لبن امرأة وما حصل منه . انظر : لسان العرب (٤١٤/٣) ، والمراد في القياس : أن الفرقة في الإيلاء بائنة فيكون حكمها مثل الرضاع من حيث لا يجوز الرجوع إليها .

٢٤٣٢٧ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ ﴾ [١] .

٢٤٣٢٨ - الجواب : أن الله تعالى قال : ﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ ﴾ [٢] ، ثم قال : ﴿ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ ﴾ والطلاق المذكور هو الذي يملك الزوج إيقاعه [٣] ، فأما الطلاق الذي يقع بالإيلاء [٤] ، فلا يتكرر ، فلم تتناوله الآية [٥] .

٢٤٣٢٩ - قالوا : طلاق مجرد صادف عدة من غير عدد ، فصار كالطلاق المبتدأ [٦] .

٢٤٣٣٠ - قلنا : الطلاق المبتدأ لم يوضع لإزالة الضرر ، فإثبات الرجعة يثبت [٧] مقصوده [٨] كالتفريق بالعنة [٩] ، والاعتبار بالنفقة على قولهم [١٠] .

* * *

---

(١) سورة البقرة : الآية ٢٢٨ . (٢) سورة البقرة : الآية ٢٢٩ .

(٣) انظر : البناية في شرح الهداية (٨٤٨/٤) . (٤) في (م) ، (ع) : [به الإيلاء] .

(٥) انظر : بدائع الصنائع (١٩٦٦/٤) ، شرح فتح القدير (٤٥/٤) .

(٦) قال صاحب المذهب : لأنه طلاق صادف مدخولاً بها من غير عوض ولا استيفاء عدد فكان رجعيًا كالطلاق من غير إيلاء . انظر : المهذب (١٤١/٢) .

(٧) في (م) ، (ع) : [تبطل] وهو خطأ . (٨) انظر : بدائع الصنائع (١٩٦٥/٤) .

(٩) أي أن المقصود من الإيلاء هو إزالة الضرر وكذلك العنة لإزالة الضرر لعجز الزوج عن الوطء فإذا كان رجعيًا فلا يتحقق الغرض منه .

(١٠) في (ص) : [عندهم] ، وفي (م) ، (ع) : [على قولهم] . فالطلاق الذي يناسب الإيلاء هو البائن لأن الضرر لا يزول بالرجعي ويزال بالبائن فالاعتبار بالنفقة على قولهم غير جائز .

مسألة ١١٧٧

إذا آلى (١) ثم طلق أو طلق ثم آلى (٢)

٢٤٣٣١ – قال أصحابنا : إذا طلق امرأته طلاقًا رجعيًا ، ثم آلى (٣) منها فمدة الإيلاء من حين الإيلاء (٤) ، وإن آلى (٥) منها ثم طلقها طلاقًا رجعيًا فالمدة (٦) يحتسب بها كما كانت لو لم تطلق (٧) .

٢٤٣٣٢ – وقال الشافعي : إذا كانت مطلقة ، فالمدة من حين تراجعها [ولا تحتسب بالمدة مع القدرة ، وإن طلقها بعد الإيلاء لم تعتد بالمدة حتى تراجعها] (٨) ، ويبدأ بالمدة من حين الرجعة (٩) .

٢٤٣٣٣ – لنا : قوله تعالى : ﴿ لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ﴾ (١٠) ، والمطلقة الرجعية من نسائه (١١) بدلالة أنه لو قال : نسائي طوالق طلقت . فظاهر الآية يقتضي اعتبار أربعة أشهر من حين الإيلاء (١٢) ، فمن زعم أنها من حين الرجعة أوجب زيادة على ذلك ،

(١ – ٣) في (ص) : [آليا] ، وفي (م) ، (ع) : [آلى] .

(٤) انظر : المبسوط للسرخسي (٣١/٣٠) ، شرح فتح القدير (٥٢/٤) ، حاشية ابن عابدين (٤٢٢/٣) ، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر (٤٤٤/١) ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق (٧٢/٤) ، اللباب (٦١/٣) .

(٥) في (ص) : [آليا] ، وفي (م) ، (ع) : [آلى] .

(٦) في (م) ، (ع) : [بالمدة] .

(٧) انظر : المبسوط للسرخسي (٣٠/٧ ، ٣١) ، شرح فتح القدير (٥٢/٤) ، البناية في شرح الهداية (٦٣٩/٤) ، وبه قال الإمام مالك في رواية والإمام أحمد في رواية . انظر : الشرح الصغير (٤٦٢/٣) ، شرح فتح الجليل على مختصر العلامة خليل (٣٠٩/٢) ، المغني لابن قدامة (٣١٣/٧) .

(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(٩) انظر : الأم (٢٥٦/٥) ، المهذب (١٣٩/٢) ، مغني المحتاج (٣٤٩/٣) ، كفاية الأخيار (١١١/٢) ، حواشي الشرقاوي وابن القاسم على العبادي على تحفة المحتاج بشرح المنهاج لابن حجر (١٧٠/٨) . وبه قال الإمام مالك وأحمد في الرواية الثانية لكل منهما . انظر : الشرح الصغير (٤٦٢/٣) ، شرح فتح الجليل على مختصر العلامة خليل (٣٠٩/٢) ، المغني لابن قدامة (٣٣٣/٧) .

(١٠) سورة البقرة : الآية ٢٢٦ .

(١١) انظر : شرح فتح القدير (٥٢/٤) ، البناية (٦٤٦/٤) .

(١٢) قال صاحب مجمع الأنهر : أما المطلقة الرجعية فإنها محل لوطئها من زوجها ، فإن اشتد طهرها وهي ممن تحيض بانت بمضي مدة الإيلاء وإن انقضت عدتها قبل مضي مدته فإنها تبين كذلك . انظر : مجمع الأنهر (٤٤٤/١) .

وهذا خلاف الظاهر [١] ، ولأن الطلاق يلحقها بلفظ الكناية [٢] ، فإذا آلى منها كانت المدة عقيب اليمين ثم يثبت في الثاني ، كما لو آلى من المبتوتة [٣] ؛ ولأنا دللنا على [٤] أن وطئها مباح ، فلها حق في الوطء ، فتحتسب بالمدة كما تحتسب في الزوجة [٥] . وأما إذا طلقها بعد الإيلاء ؛ فهو طلاق [٦] لا يزيل الملك ، فلا يعتبر حكم المدة كالطلاق المعلق بالشرط [٧] .

٢٤٣٣٤ - احتجوا : بأنها معتدة كالمبتوتة [٨] .

٢٤٣٣٥ - والجواب : أن هناك لما لم تثبت المدة عقيب اليمين [٩] الـمُطلَّقةِ [١٠] لم تثبت في الثاني [١١] ، وفي مسألتنا بخلاف ذلك [١٢] ، وبنوا على أصلهم أن وطئها محرم ، فلا تعتد بالمدة مع تحريم الوطء [١٣] .

٢٤٣٣٦ - قالوا : إذا طلق طلاقًا رجعيًا ، فقد فعل ما يقع بمضي مدة [١٤] الإيلاء حتى كأنّ المدة قد انقضت [١٥] .

---

(١) أي : أنه إذا آلى منها ثم طلقها طلاقًا رجعيًا فإن المدة عند المخالف من حين الرجعة لا من حين الإيلاء ، وهذا يوجب الزيادة على ما تقتضيه الآية المذكورة فيكون خلافًا للظاهر ، انظر : مجمع الأنهر في شرح ملتقى لأبحر (٤٤٤/١) .

(٢) الطلاق قد يكون بلفظ صريح وهو الذي لا يحتاج إلى نية ، وقد يكون بلفظ الكناية وهو الذي يحتاج إلى نية ، وما دام قد يقع الطلاق بلفظ الكناية تلزم المدة من حين الإيلاء فيما إذا آلى منها ثم طلقها طلاقًا رجعيًا .

(٣) أي : أن الإيلاء لا يثبت بعد وقوع الطلاق الرجعي إذا احتسبت المدة من الرجعي ، فاعتبرت المدة من حين الإيلاء قياسًا على من آلى منها ثم طلقها بائنًا فإن المدة تحتسب من الإيلاء ، . انظر : المبسوط (٣٠/٧) .

(٤) ساقط من (م) ، (ع) .

(٥) أي : الدليل أن المدة من حين الإيلاء لا من طلاقه الرجعي أن الوطء في الرجعي مباح له يحتسب من الإيلاء .

(٦) انظر : المبسوط للسرخسي (٣١/٧) ، البناية في شرح الهداية (٦٤٦/٤ ، ٦٤٧) .

(٧) انظر : المبسوط للسرخسي (٣٠/٧) ، البناية في شرح الهداية (٦٤٦/٤) ، اللباب (٦٠/٣) .

(٨ ، ٩) ساقط من (م) ، (ع) . (١٠) في (ع) : [الطلقة] .

(١١) أي : إذا كانت المدة لم تثبت فيما إذا طلق طلاقًا رجعيًا ثم آلى منها ، فإن المدة لم تثبت أيضًا فيما إذا آلى منها ثم طلقها طلاقًا رجعيًا . وهذا عند المخالف من الحنفية . انظر : مغني المحتاج (٣٤٩/٣) ، روضة الطالبين (٢٥١/٨ ، ٢٥٢) ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج (٧٨/٧) .

(١٢) وأما عند الحنفية فإن المسألة تختلف في ثبوتها فيما إذا طلقها طلاقًا رجعيًا ثم آلى منها وفيما إذا طلقها طلاقًا رجعيًا . ثبت في الأولى ولم يثبت في الثانية .

(١٣) انظر : المبسوط للسرخسي (٣٠/٧) ، البناية في شرح الهداية (٦٤٦/٤) .

(١٤) في (م) ، (ع) : [به مدة] .

(١٥) انظر : المهذب (١٣٩/٢) ، مغني المحتاج (٣٤٩/٣) ، الحواشي (١٧٠/٧) .

مسألة ١١٧٨

حكم من قال إن قربتك فلله علي صلاة

٢٤٣٣٨ - قال محمد إذا قال : إن قربتك فلله علي صلاة فهو مولي .

٢٤٣٣٩ - وقال أبو يوسف في قوله الآخر : ليس بمؤل [١] .

٢٤٣٤٠ - وقال الشافعي [رحمه الله] ، يكون مؤليًا [٢] .

٢٤٣٤١ - لأبي يوسف : أن الصلاة ليست من أحكام اليمين ، ولا يعتبر في وجوبها المال ، فلا يتعلق بإيجابها إيلاء [٣] ، كما لو قال : إن قربتك فعلي أن أصلي على جنازة [٤] ، أو أتوضأ [٥] . وهذا الأصل لا شبهة فيه ، لأن صلاة الجنازة لا تجب بالإيجاب ؛ إذ هي من فروض الكفايات [٦] ، فمتى فعلها وقعت عما وجب عليه ، ولم تقع عن النذر [٧] . ولأنه منع نفسه من قربها إلا بوجوب قربة ليس لها مدخل في

(١) ما ذهب إليه أبو يوسف يتفق مع رأي أبي حنيفة . انظر : المبسوط للسرخسي (٣٨/٧) ، بدائع الصنائع (١٩٤٣/٤) ، شرح فتح القدير (٤٠/٤ ، ٥١) ، الاختيار لتعليل المختار (١٥٢/٣) ، حاشية ابن عابدين (٤٢٦/٢) .

(٢) انظر : مغني المحتاج (٣٤٤/٣ ، ٩ ، تكملة المجموع (١٩٣/١٦) ، قول الشافعي هو ما قال به مالك ، وأحمد . انظر : المدونة الكبرى (٨٤/٣) ، حاشية ابن عابدين (٤٦٢/٢) ، المغني لابن قدامة (٢٩٩/٧) ، وفي الحاشية قولان : عند ابن القاسم فهو مول ، وعند يحيى بن عمر ليس بمول . انظر : الحاشية (٤٢٦/٢) .

(٣) انظر : المبسوط للسرخسي (٣٨/٧) ، بدائع الصنائع (١٩٤٣/٥) .

(٤) جنزت الشيء أجنزه من باب ضرب سترته ، ومنه اشتقاق الجنازة وهي بالفتح والكسر أفصح . وقال الأصمعي وابن الأعرابي بالكسر ، الميت نفسه وبالفتح السرير ، وقال ثعلب بعكس هذا . انظر : المصباح المنير ١١١ .

(٥) الوضوء : بالضم هو الفعل ، وبالفتح هو الماء الذي يتوضأ به ، وهو مشتق من الوضاءة وهو الحسن والبهجة . يقال : وضئ الوجه أي زان وحسن ، وفي الشرع : استعمال الماء في أعضاء مخصوصة مفتتحًا بنية . انظر : المصباح المنير ٦٦٣ ، قليوبي وعميرة (٤٤/١) .

(٦) ذهب الجمهور غير الحنفية إلى أن الفرض والواجب مترادفان وهو الفعل الذي طلبه الشارع طلبًا جازمًا سواء كان الطلب ثابتا بدليل قطعي أو ظني ، وذهب الحنفية إلى أن الفرض والواجب متباينان ، فالفرض هو الفعل الذي طلبه الشارع طلبًا جازمًا بدليل قطعي كالصلاة والزكاة ، أما الواجب فهو الفعل الذي طلبه الشارع طلبًا جازمًا بدليل ظني كصلاة الوتر . انظر : التمهيد في تخريج الفروع على الأصول للآمدي ٧٤ .

(٧) أي أن الصلاة لم تقع عن النذر . انظر : المبسوط للسرخسي (٣٨/٧) .

الكفارة ولا للكفارة [١] فيها مدخل [٢] كما لو قال : إن قربتك فعلي أن أعود مريضًا ، أو أصلي على جنازة . ولا يلزم العتق ، والصوم ، والصدقة ، لأن لذلك مدخلًا [٣] في الكفارة . ولا يلزم الحج ، لأن الكفارة فيه مدخلًا [٤] .

٢٤٣٤٢ - احتجوا : بأن ما وجب بالنذر جاز أن يصير به مؤليًا كالحج ، والصوم والصدقة [٥] .

٢٤٣٤٣ - والجواب : أن الفرق بينهما أن الحج يعتبر في وجوبه المال ، والصوم والصدقة من موجب اليمين [٦] .

٢٤٣٤٤ - فإن قيل : الصلاة قد يعتبر فيها المال بدلالة أنها لا تصح إلا بطهارة ، وإنما يبتاع بالمال ، وستر [٧] العورة لا يتوصل إليه إلا بالمال [٨] .

٢٤٣٤٥ - قلنا : هذا لا يعتبر في وجوب الصلاة ، وإنما يعتبر في أدائها مع القدرة عليه . ولا يعتبر مع العجز . وأما الحج فيعتبر المال في وجوبه ، والقول للكفارة فيه مدخل [٩] .

* * *

---

(١) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٢) أي لأنه منع نفسه من قربها بشيء لا يؤدي إلى وجوب الكفارة إذا فعله ، قاله صاحب شرح فتح القدير ، لأنه ليس مما يشق في النفس وإن تعلق شقاقه بعارض ذميم في النفس من الجبن ، أوالكسل ولأنه لا يثقل على الطبع بل يسهل ولا يعد مانعًا في العرف .

(٣) في (م) ، (ع) : [ذلك يدخل] .

(٤) انظر : المبسوط للسرخسي (٢٨/٧) ، بدائع الصنائع (١٩٤٣/٤) ، شرح فتح القدير (٤٠/٤) .

(٥) قال صاحب بدائع الصنائع عن وجه قول محمد : « بأن الصلاة مما يصح إيجابها في النذر كالصوم والحج فيصير مؤليًا كما لو قال علي صوم أو حج » . انظر : بدائع الصنائع (١٩٤٣/٤) .

(٦) انظر : المبسوط للسرخسي (٣٨/٧) .

(٧) في (م) ، (ع) : [ستور] .

(٨) انظر : المبسوط للسرخسي (٣٨/٧) .

(٩) قال صاحب المبسوط : « لأن الإنسان لا يكون ممتنعًا من التزام الصلاة أو صلاة ركعتين ، إذ لا يلحق في أدائها مشقة ولا حزن في ماله بخلاف سائر القرب ، توضيحه أنه علق القربان بإطعام مسكين فهو موجب اليمين ، وكذلك الصدقة والصوم ، وكذلك الهدي والحج فإنه لا يتوصل إلى أدائها إلا بمال والتكفير بالمال موجب اليمين عند الحنث . انظر : المبسوط للسرخسي (٣٨/٧) .

مسألة ١١٧٩

احتساب المدة فيما إذا آلى فخرجت من المصر أو نشزت أو مرضت

٢٤٣٤٦ - قال أصحابنا : إذا آلى منها ، فخرجت من المصر أو نشزت أو مرضت احتسب عليه بالمدة في النشوز [١] والغيبة [٢] التي تصل إليها في المدة . وفي المرض الذي لا يستطاع معه الجماع يفيء إليها بلسانه [٣] .

٢٤٣٤٧ - وقال الشافعي : لا يحتسب عليه بالمدة [٤] .

٢٤٣٤٨ - لنا : أن الناشزة يمكنه ردها بالحاكم ، والغائبة يمكنه أن يجتمع معها في [مدة الإيلاء] [٥] ، فصار كما [٦] لو كانت بحضرته [٧] ؛ ولأنه لا يخلو إما أن يتمكن من وطئها ، أو يتعذر وطؤها [٨] ، فإن كان من حين الممكن اعتد بالمدة ، وإن كان من

---

(١) النشوز : هو الخروج عن الطاعة . انظر : مغني المحتاج (٢٥١/٣) .

(٢) المراد إذا حدثت الغيبة بحيث لا يتمكن من الوطء في المدة . انظر : بدائع الصنائع (١٩٥٧/٤ ، ١٩٥٨) .

(٣) انظر : المبسوط (٢٨/٧) ، شرح فتح القدير (٥٠/٤) ، مختصر الطحاوي ٢٠٨ ، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر (٤٤٥/١) ، البناية في شرح الهداية (٦٤٤/٤) ، اللباب (٦٣/٣) ، وبه قال الإمام أحمد انظر : المغني لابن قدامة (٣٢٧/٧ ، ٣٢٨) .

(٤) قال بعض الشافعية يحتاج أن يقول قد ندمت على ما فعلت وإن قدرت فعلت . انظر : الأم للشافعي (٢٥٦/٥) ، مغني المحتاج (٢٤٩/٣) ، روضة الطالبين وعمدة المفتيين (٢٥٤/٨) ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج (٧٨/٧) ، حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب (٥١/٤) ، وبه قال الإمام مالك انظر : شرح الجليل على مختصر العلامة خليل (٣١١/٢) .

(٥) في (ص) : [المدة] ، وما أثبتناه من (م) ، (ع) .

(٦) في (م) ، (ع) : [كان] ، .

(٧) قال في الجامع الصغير : « لأنه يمكنه قربانها من غير شيء يلزمه . انظر : الجامع الصغير ٢٢٠ ، حاشية ابن عابدين (٤٣٠/٣) .

(٨) في (م) ، (ع) : [وطئوها] ، . أي أن القادر على الوطء يكون فيؤه بالجماع ، وأما من لا يقدر أو عجز عنه فيكون الفيء بالقول أو اللسان ، وقد قسمه الحنفية عند التعذر أو العجز عن الوطء إلى قسمين حقيقي وحكمي . أما الحقيقي : فهو الذي يتعذر معه الوطء ، مثل أن يكون أحد الزوجين مريضًا مرضًا يتعذر معه الجماع ، أو كون المرأة صغيرة ، أو رتقاء ، أو ناشزة ، أو غير ذلك . أما الحكمي : فهو الذي يتمكن من وطئها مثل أن يكون محرمًا وقت الإيلاء وبينه وبين الحج أربعة أشهر . وقال الإمام مالك وأحمد بجواز الفيء بالقول أو اللسان عند العجز وأما المريض والمسجون فتعرف فيئته بالكتابة بأن يكتب إلى الموضع الذي فيه =

حين المتعذر ففيه القول ، ولا يسقط حكم المدة كالمريض (١) .

٢٤٣٤٩ - احتجوا : بأنها مدة ضربت لإيفاء حقها من الوطء كمدة العنة (٢) ، ومعلوم أنها لا تحتسب عليه في تلك المدة بزمان النشوز والغيبة فكذلك (٣) هذا (٤) .

٢٤٣٥٠ - قلنا : هذا (٥) مدة العنة .

٢٤٣٥١ - قد قالوا : يحتسب [عليه بمدة غيبتها إذا خرجت بإذنه ، فإن خرجت وهو لا يقدر على منعها كخروجها لحجة الإسلام لم يحتسب] (٦) بذلك من المدة (٧) . وأما المرض فروي عن أبي يوسف أنه قال : إن كان شهرًا لم يحتسب به ، وإن كان أقل احتسب به (٨) (٩) وروي عنهم أن المرض إذا كان في جميع المدة أجل سنة أخرى ، وإن صح في السنة يومًا واحدًا احتسب بها علي أن الفرق بين مدة العنة والإيلاء [أن مدة العنة] (١٠) لا يبطلها إلا الوطء ، فإذا وجد هناك مانع من الوطء لم يعلم أن العجز منه ، فلم يكتف بالمدة . ومدة الإيلاء تبطل بالوطء مع القدرة ، وبالقول مع العجز ، فهذه

= زوجته . وقال بعض الشافعية لا فيء إلا بالجماع . وجهه أن الفيء بالحنث ولا حنث باللسان فلا يحصل الفيء به ، وهذا لأن الحنث هو فعل المحلوف عليه والمحلوف عليه هو القربان فلا يحصل الفيء إلا به . بينما رأي بعضهم : أنه إن كان مريضًا مرضًا يمنع الوطء أو حبس بغير حق حبسًا يمنع الوصول إليه طولب أن يفيء فيه المعذور بلسانه وهو أن يقول : لست أقدر على الوطء ولو قدرت لفعلت فإذا قدرت فعلت . انظر : بدائع الصنائع (١٩٥٧/٤) ، وما بعدها ، تحفة الفقهاء (٣١١/٢) ، المدونة الكبرى (٩٩/٣) ، الدسوقي (٢٣٧/٢) ، المهذب (١٤٢/٢) ، المغني (٣٢٨/٧) ، وما بعدها .

(١) أي في حالة ما إذا كان قادرًا على الجماع حقيقة وعاجزًا عنه حكمًا ، قال أصحاب أبي حنيفة ما عدا زفر : لا يصح ولا يكون فيئه إلا بالجماع . وقال زفر يصح . لأن العجز حكمًا كالعجز حقيقة في أصول الشريعة كما في الخلوة . والراجح الأول : لأنه قادر على الجماع حقيقة فيصير ظالمًا بالمنع ، فلا يندفع الظلم عنها إلا بإيفائها حقها بالجماع . انظر : بدائع الصنائع (١٩٥٩/٤) ، تحفة الفقهاء (٣١١/٢) .

(٢) أي لا يحسب زمن الإيلاء من المدة لارتفاع النكاح أو اختلاله مثل النشوز والعنة . انظر : حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب (٥٠/٤) .

(٣) في (م) ، (ع) : [كذلك] .

(٤) انظر : مغني المحتاج (٣٤٨/٣) .

(٥) ساقط من (ص) ، وأثبتناه من (م) ، (ع) .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(٧) أي أجاب الحنفية : بأن المدة التي ضربت لإيفاء حقها من الوطء إنما هي مدة العنة لا للمرض ، وقد قالوا بأنها تحتسب من المدة .

(٨) ما بين المعكوفتين ساقطة من (م) ، (ع) ، وأثبتناها من (ص) .

(٩) انظر : بدائع الصنائع ١٩٥٩/٤ .

(١٠) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، وأثبتناها من (ص) ، (م) .

الأعذار إن كان يعجز معها فيجب أن يفيء بالقول الذي يقدر عليه ، فإذا لم يفعل صار كالممتنع من الوطء مع القدرة [١] .

* * *

(١) أي : أن القادر على الوطء إذا لم يفيء في المدة وقع الطلاق ، وكذلك العجز عن الوطء ففيؤه باللسان ، فإذا لم يفيء بلسانه وقع الطلاق . انظر : المبسوط للسرخسي (٢٨/٧) ، بدائع الصنائع (١٩٥٧/٤) ، شرح فتح القدير (٥٠/٤) ، البناية شرح الهداية (٦٤٤/٤) .

مسألة ١١٨٠

حكم من قال لامرأتين له والله لا أقربكما

٢٤٣٥٢ – قال أصحابنا إذا قال لامرأتين له : والله لا أقربكما كان مؤليًا استحسانًا (١) .

٢٤٣٥٣ –وقال زفر : لا يكون مؤليا حتى يطأ إحديهما (٢) .

٢٤٣٥٤ – وبه قال الشافعي [رحمه الله] (٣) .

٢٤٣٥٥ – لنا : أنه لا يتوصل إلى واحدة منهما إلا بحنث يلزمه ، أو يعتبر إيلاء في صاحبتها . ويعتبر الإيلاء من أحكام / اليمين ، ومن لا يتوصل إلى الوطء إلا بلزوم حكم من أحكام الإيمان كان مؤليا (٤) كما لو قال : إن قربتك فعليَّ عتق أو صوم أو صدقة (٥) .

(١) يطلق الاستحسان عند الأحناف على معنيين : أولهما – قياس خفيت علته لدقتها وبعدها في مقابلة قياس آخر ظهرت علته لتبادرها للذهن أولا ، وثانيهما : النصوص التي جاءت على خلاف القياس بطريق الاستثناء من القواعد الأصلية .

(٢) انظر : مختصر الطحاوي ٢١٠ ، المبسوط للسرخسي (٢٦/٧ ، بدائع الصنائع (١٩٣٣/٤) ، شرح فتح القدير (٥٠/٣) . وإليه ذهب الإمام مالك ، جاء في المدونة : « إذا قال لامرأتين : والله لا أقربكما . ففيهما ثلاثة فصول : أحدها : أن يقول لامرأتين والله لا أقربكما ، أو يقول لنسائه الأربع والله لا أقربكن وهما فصل واحد . الثاني : أن يقول : والله لا أقرب إحداكما أو إحداكن . الثالث : أن يقول : والله لا أقرب واحدة منكما أو واحدة منكن . أما الأول : فواضح بأنه صار مؤليًا منهما للحال ، حتى لو مضت أربعة أشهر ولم يقربهما بانا جميعًا . وكذلك إذا قال لنسائه الأربع : والله لا أقربكن صار مؤليًا منهن للحال ، فلو لم يقربهن حتى مضت أربعة أشهر بِنّ جميعًا ، وهذا قول أصحاب أبي حنيفة ما عدا زفر القائل : ما لم يطأ واحدة فيصير مؤليًا من الأخرى . وقال الشافعي وأحمد يكون مؤليًا . أما الثاني : وهو ما إذا قال والله لا أقرب إحداكما : فإنه يصير مؤليًا من إحداهما حتى لو وطئ إحداهما لزمته الكفارة وبطل الإيلاء لوجود شرط الحنث ، وهو قربان إحداهما ، حتى لو وطيء إحداهما بعينها فيكون مؤليًا منها دون غيرها ، وعند الإمام مالك لا يشترط النية لواحدة دون الأخرى . أما الثالث : وهو ما إذا قال : والله لا أقرب واحدة منكما فإنه يصير مؤليًا منهما جميعًا ، حتى لو مضت مدة أربعة أشهر ولم يقربهما فيها بانتا جميعًا ، وبه قال الشافعي أيضًا . انظر : المدونة الكبرى (٩٦/٥) تكملة المجموع (٣١٤/١٦) ، الكشاف (٣٦٠/٥) ، بدائع الصنائع (١٩٣٣/٤) .

(٣) انظر : الأم للشافعي (٢٦٩/٥) ، المهذب (١٣٨/٢) ، مغني المحتاج (٣٤٧/٣) ، المدونة الكبرى (٣٦١/٥) .

(٤) أي : أنه إذا وطئ إحداهما سقط الإيلاء عمن جامع منهما ، وأما من لا يتوصل إلى وطئها فلا يسقط الإيلاء ، وإما زال هو مؤليًا ، كما لو عقد يمينه على كل واحدة على الانفراد . إلا أنه لا يلزمه الكفارة بقرب إحداهما ؛ لأن الكفارة موجب الحنث فلا تجب ما لم يتم شرط الحنث . انظر : المدونة الكبرى (٩٦/٥) ، المغني لابن قدامة (٣٠٨/٧) ، المبسوط للسرخسي (٢٨/٧) ، بدائع الصنائع (١٩٣٤/٤) .

(٥) أي : الدليل على أنه مؤلٍ ؛ أنه إذا توصل إلى الوطء منها يحنث ويلزم عليه الكفارة فيكون مؤليًا .

٢٤٣٥٦ - قالوا : لا يحنث بوطء إحداهما ، فلم يكن مؤليًا منها ، كما لو قال [١] لزوجته وأَمَتِهِ : والله لا أقربكما ، أو لزوجته وأجنبية [٢] .

٢٤٣٥٧ - قلنا : هناك إذا وطئ زوجته لم يحنث ، ولم يتعين الإيلاء في الأخرى ، ومن يتوصل إلى وطئها من غير أن يلزمه حكم من أحكام اليمين لم يكن مؤليًا منها [٣] .

* * *

(١) انظر : الأم للشافعي (٢٥٣/٥) ، المهذب (١٣٨/٢) ، شرح المهذب (٣١٣/١٦) ، مغني المحتاج (٣٤٧/٣) .

(٢) هذا اعتراض على هذا الدليل أي أنه لا يلزم عليه الكفارة فيما إذ وطئ إحداهما ؛ لأن الكفارة لا تجب إلا بقربان كل منهما ، فلا يكون مؤليًا بها ، فلا فرق بينه وبين ما إذا قال لزوجته وأمته ، أو لزوجته وأجنبية . انظر : الأم للشافعي (٢٥٣/٥) ، المبسوط (٣١/٧) .

(٣) وأجيب عن هذا الاعتراض : بأنه لا يجوز القياس على ذلك ، وإنما هذه المسألة تقاس على من يقول : والله لا أقرب إحداكما ، فإنه يصير مؤليًا من إحداهما ، ولو وطئ إحداهما لزمته وبطل الإيلاء . انظر : المبسوط للسرخسي (٢٧/٧) ، بدائع الصنائع (١٩٣٤/٤ ، ١٩٣٥) .

مسألة ١١٨١

إذا آلى المريض من امرأته ودام المرض

٢٤٣٥٨ - قال أصحابنا : إذا آلى المريض من امرأته ، ودام المرض انقضت المدة [١] ؛ فإن كان فاء إليها بقوله سقط الإيلاء ، ولم يقع عليها بهذا الإيلاء طلاق أبدًا ، وإن مضت المدة ولم يفئ إليها طلقت [٢] .

٢٤٣٥٩ - وقال الشافعي : إذا مضت وهو مريض قيل له : تفيء بلسانك ؟ فتقول : إذا قدرت على الوطء وطئتك . فمتى قدر على الوطء قيل له : إما أن تفيء بالوطء أو تطلق [٣] .

٢٤٣٦٠ - لنا : أنه وجد منه الفيء المانع من الطلاق ؛ فصار كما لو فاء بالوطء ، ولأن الفيء بالقول أُقِيمَ مقام الفيء بالوطء عند العجز ، فوجب أن يقوم مقامه في الحكم المختص به كالمقيم ، ولأن الطلاق لا يتعين عليه عقيب المدة ، فلا يلزمه في الثاني كما لو وطئها [٤] .

٢٤٣٦١ - قالوا : كان عليه الوطء ، وقد عجز عنه ؛ فتأخر إلى حين القدرة ، فإذا امتنع منه مع القدرة كلف الطلاق [٥] .

---

(١) في (م) ، (ع) : [العدة] .

(٢) قال صاحب شرح فتح القدير : « إنه آلى وهو مريض ، وتم أربعة أشهر وهو مريض ، وفيؤه أن يقول بلسانه : فئت إليها . فإن قال ذلك سقط الإيلاء . انظر : المبسوط للسرخسي (٢٩/٧) ، بدائع الصنائع (١٩٥٩/٤) ، شرح فتح القدير (٥٣/٤) .

(٣) في (م) ، (ع) : [بطل] . انظر : الأم للشافعي (٢٦٠/٥) ، المهذب (١٤٢/٢) ، مغني المحتاج (٣٥٠/٣) ، المدونة الكبرى (١٠٠/٥) ، الشرح الصغير (٦٣١/٢) ، حاشية الدسوقي (٤٣٧/٢) ، المغني لابن قدامة (٣٢٧/٧) ، الكشاف (٣٦٤/٥ ، ٣٦٥) .

(٤) أي أنه إذا وقع الفيء باللسان فلا يترتب بعده الطلاق ؛ لأن الفيء باللسان بدل عن الفيء بالجماع فمنع الطلاق كالتيمم عند عدم الماء ، فقام مقامه ، والطلاق الذي يقصد من الإيلاء والذي يقع عقيب المدة لم يتعين ؛ فلا يجوز الفيء باللسان بعد المدة كما لا يجوز بالوطء أيضًا فيها . انظر : المبسوط للسرخسي (٢٩/٧) ، بدائع الصنائع (٩٥٩/٤) ، شرح فتح القدير (٥٤/٤) .

(٥) انظر : الأم للشافعي (٢٦٠/٥) ، تكملة المجموع (٣٣٤/١٦) ، المدونة الكبرى (١٠٠/٥) ، كشاف القناع (٣٦٥/٥) .

٢٤٣٦٢ - قلنا : المريض فاء إليها بالقول ، فسقط حكم الإيلاء ، فإذا قدر علي الوطء ، فهو ممتنع من وطئها بيمين نهي غير إيلاء ، فلا يكلف الطلاق كالحالف على أقل من أربعة أشهر [1] .

* * *

(١) والجواب لقول المعترض : بأن المريض إذا فاء بالقول فقد سقط الإيلاء ، أما تأخره إلى وقت القدرة فلا يجوز ، بدليل أنه لو قدر على الوطء ومنعه بيمين ؛ فإنه لا يعتبر ذلك إيلاء كما لو حلف على أقل من أربعة أشهر فإنه لا يكون إيلاء بالإجماع . انظر : بدائع الصنائع (١٩٥٩/٤) .

حكم من قال لامرأته : إن قربتك فللَّه علي عتق هذا العبد عن ظهاري

٢٤٣٦٣ - قال أصحابنا : إذا قال لامرأته : إن قربتك فلله عليَّ عتق هذا العبد عن ظهاري ، فليس بمؤلٍ (١) .

٢٤٣٦٤ - وقال الشافعي [رحمه الله] : يكون مؤليًا (٢) ، فإن قربها فهو بالخيار : إن شاء عتق العبد عن ظهاره ، وإن شاء كفر كفارة يمين .

٢٤٣٦٥ - لنا : أنه أوجب علي نفسه تعيين ما وجب عليه غير معين ، فصار كما لو قال : إن قربتك فلله عليَّ صوم يوم الخميس ، عن اليوم الذي نذر صومه ، أو فلله عليَّ أن أتصدق بهذا المال عن زكاتي (٣) ، أو كفارة يميني .

٢٤٣٦٦ - فإن قيل : في عتق عبد بعينه فضيلة لم تجب بالظهار ؛ لأن زيادة القيمة فضيلة (٤) .

٢٤٣٦٧ - قلنا : وكذلك إذا نذر صومًا مطلقًا ، ثم قال : لله عليَّ أن أصوم يوم عرفة (٥) ، ففي تعيين صوم يوم عرفة فضيلة ، على أنه لو عين الإيجاب في عبد بعينه ، وهو أقل العبيد قيمة كان مؤليًا عندهم وإن لم يكن في تعينه زيادة فضيلة (٦) .

٢٤٣٦٨ - قال : قيل للعبد حق في العتق ، وليس للزمان الذي يتعين فيه الصوم

---

(١) انظر : المبسوط للسرخسي (٣٨/٧ ، ٣٩) .

(٢) ذكر في مغني المحتاج والمهذب أن للشافعي قولين : قال في الجديد : إنه لو قال : إن قربتك فلله عليَّ عتق هذا العبد عن ظهاري يكون مؤليًا ، وقال في القديم : لا يكون مؤليًا . انظر : الأم للشافعي (٢٨٦/٥) ، المهذب (١٣٦/٢) ، مغني المحتاج (٣٤٧/٣) .

(٣) الزكاة في اللغة : هي الزيادة والنماء ، وفي الشرع : تمليك جزء مخصوص من مال مخصوص لشخص مخصوص لله تعالى . انظر : اللباب (١٣٦/١) .

(٤) قال في المهذب : إن الفرق بينهما أن الصوم الواجب لا تتفاضل فيه الأيام ، والرقاب تتفاضل ، انظر : المهذب (١٣٦/٢) .

(٥) عرفة وعرفات موضع بمكة ، وسمي بذلك ؛ لأن الناس يتعارفون به . انظر : لسان العرب (٢٩٠١/٤) .

(٦) أي : أنه لا فرق بين أن يكون العبد أقل قيمة أو أكثر في كونه مؤليًا عند الشافعية ، كما في نذر صوم يوم عرفة ، فإنه يكون مؤديًا لنذره .

منفعة في الصوم ، فلذلك [1] صح الإيجاب في العتق [2] .

٢٤٣٦٩ – قلنا : عند الشافعي لا يتعين الإيجاب ، لأن الحالف مخير عنده ، إن شاء أعتق العبد ، وإن شاء كفر عن يمينه [3] ؛ فعلى هذا لا حق للعبد أن يتعين بهذا التعيين ، لأن اللّٰه تعالى أوجب العتق غير معين ، فإذا عين الإيجاب بالنذر لا يتعين إيجاب ، كما لو قال : لله عليَّ أن أقضي صوم رمضان في هذا الشهر ، وإذا لم تتعين العين بهذا الإيحاب ، فهو يتوصل إلى وطئها من غير شيء يلزمه ، فلم يكن مؤليًا [4] .

٢٤٣٧٠ – قالوا : حلف على ترك وطئها يمين تبقى بعد أربعة أشهر زمانًا يمكن مطالبته ، فوجب أن يكون مؤليًا كما لو قال : للّٰه عليَّ عتق عبدي [5] .

٢٤٣٧١ – قلنا : لا نسلم أنه حالف ، لأن عندنا هذا الإيجاب لا يلزمه به حق ، فهو كقوله : عليَّ صوم رمضان وصلاة الظهر ، فلا يكون بذلك حالفًا [6] .

٢٤٣٧٢ – قالوا : الدليل على أنه يلزمه : أنه يملك عتق هذا العبد عن ظهاره ، فصح إيجابه ، كما لو أطلق الإيجاب ، ولم يقل : عن ظهاري [7] .

٢٤٣٧٣ – قلنا : يبطل إذا قال : للّٰه عليَّ صيام شوال عن قضاء رمضان ، فأصوم هذه الأيام الثلاثين عن كفارة الماضي ، وعن نذري ، وهو يملك ذلك ، ولا يصير بتعيينها حالفًا [8] .

---

(١) في (م) ، (ع) : [فكذلك] .
(٢) انظر : مغني المحتاج (٣٤٦/٣) .

(٣) إذا لم يتوصل إلى الوطء يلزمه العتق ؛ لكونه مظاهرا ، فإذا توصل إلى الوطء لزمته الكفارة ؛ لأنه حنث . انظر : الأم للشافعي (٢٦٨/٥) ، مغني المحتاج (٣٤٧/٣) .

(٤) لا يجوز تعيين العتق للعبد لكونه إن شاء عتق العبد وإن شاء كفر عن اليمين ؛ لأن اللّٰه تعالى أوجب العتق غير معين ، ثم عين الإيجاب بالنذر ، فإن هذا النذر لا يتأثر في إيجابه بعدما أوجبه اللّٰه به ، وقال السرخسي : بحيث يملك قربانها من غير أن يلزمه شيء لا يصح فيصير عند القربان كأنه قال : عليَّ صوم أمس وذلك لغو . انظر : المبسوط للسرخسي (٢٩/٧) .

(٥) أي أن القول : إن قربتك فلله عليَّ عتق هذا العبد عن ظهاري أنه حلف أيضًا ، فيكون مؤليًا بمثل ذلك الحلف ، كما يقاس على لو قال : لله على عتق عبدي فإنه مؤلٍ إذا كان العبد في وقت الحلف حيًا . انظر : روضة الطالبين وعمدة المفتين (٢٣١/٨) .

(٦) أي لا يسلم أن هذا الحلف إيلاء ؛ لأن الإيجاب به لا يلزمه شيء له ، كما قالوا : حلف صوم رمضان وغيره من الواجبات فلذلك لا يكون مؤليًا . انظر : المهذب (١٣٥/٢) .

(٧) انظر : الأم للشافعي (٢٥١/٥) ، المهذب (١٣٥/٢) .

(٨) انظر : المبسوط للسرخسي (٣٠/٧) .

إيلاء المجبوب

٢٤٣٧٤ - قال أصحابنا : إذ حلف المجبوب (١) لا يقرب امرأته [أو] (٢) لا يجامعها كان مؤليا (٣) ، وفيؤه القول ، وكذلك إذا كانت المرأة رتقاء (٤) .

٢٤٣٧٥ - وهو قول الشافعي في الأم (٥) ، وقال في الإملاء : لا ينعقد يمينه ، ولا يكون مؤليًا (٦) .

٢٤٣٧٦ - لنا : أنه زوج يصح طلاقه ، فصح إيلاؤه كغير المجبوب ، ولأن العجز عن الوطء لا يمنع صحة الإيلاء ، كما لو آلى منها ، وبينهما مدة (٧) لا يصل إليها في مدة الإيلاء (٨) .

٢٤٣٧٧ - فإن قيل : هناك يقدر على وطئها في الجملة (٩) .

٢٤٣٧٨ - قلنا : التعيين هو الوطء في المدة ، وما بعدها ، بدلالة : أنه ينعقد عليه اليمين ، فلا يعتبر بالقدرة في غير مدة اليمين (١٠) .

---

(١) هو : مقطوع جميع الذكر ، أو لم يبق منه قدر الحشفة . انظر : مغني المحتاج (٢٠٢/٣) .

(٢) في (م) ، (ع) : [و] .

(٣) انظر : مختصر الطحاوي ٢٨ ، المبسوط للسرخسي (٢٨/٧) ، بدائع الصنائع (١٩٥٨/٤) ، شرح فتح القدير (٥٣/٤) ، حاشية ابن عابدين (٤٣٢/٣) ، البناية في شرح الهداية (٦٤٩/٤) ، اللباب (٦٢/٣) .

(٤) هي : انسداد محل الجماع منها بلحم . انظر : مغني المحتاج (٢٠٢/٣) .

(٥) انظر : الأم للشافعي (٢٧٤/٥) ، المهذب (١٣٥/٢) ، مغني المحتاج (٤٢٢/٢) .

(٦) انظر : المهذب (١٣٥/٢) ، مغني المحتاج (٣٤٤/٣) ، وبه قال مالك وأحمد . انظر : المدونة (١٠١/٣) ، الكشاف (٣٦١/٥) .

(٧) في (م) ، (ع) : [مسافة] .

(٨) استدل القائل بأن المجبوب يصح الإيلاء منه ، بأن المجبوب يصح طلاقه فيصح إيلاؤه وعدم القدرة على الوطء لا يمنع الإيلاء فيقاس بما لو آلى وبينهما مسافة فالإيلاء يصح منه . انظر : المبسوط للسرخسي (٢٨/٧) ، بدائع الصنائع (١٩٥٨/٤) ، شرح فتح القدير (٥٣/٤) ، المهذب (١٣٥/٢) ، مغني المحتاج (٣٤٤/٣) .

(٩) اعترض على هذا الدليل : بأن هناك فرقًا بين المجبوب ومن بينهما مسافة ؛ من حيث إن المجبوب لا يقدر على الوطء في الجملة . انظر : المهذب (١٣٥/٢) ، مغني المحتاج (٣٤٤/٣) .

(١٠) جاء في بدائع الصنائع والمبسوط : أن الاعتبار بالوطء في المدة وما بعدها ، وأن اليمين ينعقد منه وليس الاعتبار بالقدرة ؛ لأن في حالة العجز عن الوطء يمكن الفيء بالقول . انظر : بدائع الصنائع (١٩٩٥٨/٤) ، المبسوط للسرخسي (٢٨/٧) .

٢٤٣٧٩ - احتجوا : بأنه حلف على ما لا يصح وجوده ، فصار كما لو حلف ليشربن الماء الذي في الكوز [١] ولا ماء فيه [٢] .

٢٤٣٨٠ - قلنا : هناك ليس في عقده معقود عليه ، ألا ترى أن اللّٰه تعالى لو خلق ماء في الكوز لم يكن هو المعقود عليه ، وعدم المعقود عليه يمنع الانعقاد [٣] ، وفي مسألتنا يتصور أن اللّٰه تعالى يخلق له ذكرًا ، فيكون هو المجامع لها ، فيتوهم وجود المعقود عليه [٤] ، فينعقد يمينه [٥] .

٢٤٣٨١ - قالوا : حكم الإيلاء ثبت ، لأنه منعها حقها من الوطء ، وفقده ليس من وطئها [٦] ، فلم يضر بها باليمين [٧] .

٢٤٣٨٢ - قلنا : المجبوب يقذف بالماء ويحبلها ، ولها حق في ذلك ، فإذا حلف لا يقربها فقد منع ذلك ، فأضر بها [٨] .

٢٤٣٨٣ - قالوا : فلو آلى منها ، وقذف بالماء في فرجها لم يكن فيئًا ؛ فدل [٩] على أن هذا ليس بحق لها [١٠] .

٢٤٣٨٤ - قلنا : لو قذف الماء ، وحملت وولدت ثبت النسب [١١] ، وكان ذلك فيئًا عندنا ، وبطل حكم الإيلاء به [١٢] .

---

(١) الكوز معروف وهو من الأواني ، والجمع أكواز . انظر : لسان العرب (٣٩٥٥/٥) .

(٢) ساقطة من (م) ، (ع) . احتج من قال أن الإيلاء لا يصح من المجبوب ، بأنه حلف على شيء يستحيل وجوده ، وهو لا يجوز ، ويقاس على من حلف ليشربن الماء في محل الماء ، ولا ماء فيه وهذا مستحيل . انظر : المهذب (١٣٥/٢ ، ١٣٧) .

(٣) قاعدة : « عدم المعقود عليه يمنع الانعقاد » .

(٤) ساقطة من (ع) ، وأثبتناها من (م) ، (ص) .

(٥) جاء في فتح القدير : بأن ما استدللتم بالقياس لا يصح ؛ لأنه قياس مع الفارق ، والقياس مع الفارق لا يصح ، ووجهه : أن اللّٰه تعالى لم يخلق الماء الذي هو المعقود عليه في الكوز ، فيكون أنه قد حلف على شيء يستحيل وجوده ، أما في المقيس فإن اللّٰه تعالى قد خلق له ذكرًا ، وأما المعقود عليه الذي في الذكر فإنه يوهم بالوجود وعدمه . ولو كان كذلك فإن اليمين منه جائز ، ولأن الاعتبار باليمين . انظر : شرح فتح القدير (٥٢/٤) .

(٦) في (ع) : [الوطء] .

(٧) جاء في مغني المحتاج : نعم ، الإيلاء ثابت له ؛ لأن الإيلاء ترك الفيء في المدة ، ولكن لما كان العجز عن الفيء فلا معنى لليمين . انظر : مغني المحتاج (٣٤٤/٣) ، المهذب (١٣٥/٢) .

(٨) انظر : المبسوط للسرخسي (٢٨/٧) .

(٩) في ، (ع) : [فدل ذلك] .

(١٠) قال المعترض : لا نقبل هذا ؛ لأن هذه الطريقة رغم أنه يحبلها لا تسمى فيئًا ، لأنها ليست من حق المرأة ، فلا يكون ذلك دليلًا على صحة الإيلاء منه .

(١١) انظر : الهداية (١٣٩/٢) .

(١٢) وأجاب بكون ذلك فيئًا : لأنها لو حملت وولدت ثبت النسب فيكون دليلًا على صحة الإيلاء منه .

مَوْسُوعَة

القَوَاعِدِ الفِقْهِيَّةِ المُقَارِنَة

المُسَمَّاة

التَّجْرِيد

كتاب الظهار

مسألة [1] ١١٨٤

ظهار الذمي

٢٤٣٨٥ - قال أصحابنا [رحمهم الله] : لا يصح ظهار الذمي [2] .

٢٤٣٨٦ - وقال الشافعي [رحمه الله] : يصح ظهاره [3] .

٢٤٣٨٧ - لنا : أنه لا يصح طلاقه ، ولا إيلاؤه [4] . والذي يصح منه الطلاق يصح [5] منه الظهار .

---

(١) الظهار لغة : مصدر مأخوذ من الظهر ، مشتق من قول الرجل إذا ظاهر امرأته : أنت علي كظهر أمي . وكان طلاقًا في الجاهلية ، ويقال : كانوا في الجاهلية إذا كره أحدهم امرأته ولم يرد أن تتزوج بغيره آلى منها أو ظاهر ، فتبقى لا ذات زوج ولا خلية عن الأزواج ، تستطيع أن تنكح غير زوجها الأول ، فغير الشارع حكمه إلى تحريم الزوجة بعد العود (العزم على الوطء) ولزوم الكفارة . وتعريف الظهار شرعًا عند الأحناف أنه : « تشبيه المسلم زوجته ، أو ما يعبر به عنها من أعضائها ، أو جزءًا شائعًا منها بمحرمة عليه تأبيدًا » . وعرفه المالكية بقولهم : « الظهار : تشبيه المسلم المكلف من تحل له من زوجة أو أمة أو جزئها بمحرمة عليه ، أو بظهر أجنبية ، وإن تعليقًا ، أو مقيدًا بوقت » . وعرفه الشافعية بقولهم : « تشبيه الزوجة غير البائن بأنثى لم تكن حلالًا على التأبيد » . وعرفه الحنابلة بقولهم : « أن يشبه الزوج امرأته أو عضوًا منها بظهر من تحرم عليه التأبيد . وحكمه الشرعي : التحريم لقوله تعالى : ﴿ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنكَرًا مِّنَ الْقَوْلِ وَزُورًا ﴾ ومعناه أن الزوجة ليست كالأم في التحريم ، وقال تعالى : ﴿ مَّا هُنَّ أُمَّهَاتِهِمْ ﴾ وقال تعالى : ﴿ وَمَا جَعَلَ أَزْوَاجَكُمُ اللَّائِي تُظَاهِرُونَ مِنْهُنَّ أُمَّهَاتِكُمْ ﴾ . وسمي الظهار بالظهر لتشبيه الزوجة بظهر الأم ، وإنما خص دون غيره ؛ لأنه موضع الركوب ؛ إذ المرأة مركوبة إذا غشيت ، فقوله : أنت علي كظهر أمي ؛ أي ركوبك للنكاح حرام عليَّ كركوب أمي للنكاح ، فأقام الظهر مقام الركوب ؛ لأنه مركوب ، وأقام الركوب مقام النكاح ؛ لأن الناكح راكب . انظر : المصباح المنير ٣٨٨ ، حاشية ابن عابدين (٤٦٦/٢) ، شرح فتح القدير (٨٥/٤) ، اللباب (٥٣٠/٣) ، الشرح الصغير (٦/٣) ، مغني المحتاج (٣٥٣/٣) ، كشاف القناع (٣٦٩/٥) ، غاية المنتهى (١٩٠/٣) .

(٢) انظر : المبسوط للسرخسي (٢٣١/٦) ، بدائع الصنائع (٢١٢٣/٥) ، حاشية ابن عابدين (٤٦٦/٣) ، شرح فتح القدير (٨٥/٤) ، وبه قال الإمام مالك انظر : الشرح الصغير (٦٦٤/٣) ، الخرشي على مختصر خليل (١٠٢/٣) .

(٣) انظر : مختصر المزني في الأم للشافعي (٣٠٦/٨) ، المهذب (١٥١/٢) ، وشرحه (٣٤/١٦ ، ٣٤٣) ، روضة الطالبين (٢٦١/٨ ، ٢٦٢) ، مغني المحتاج (٣٥٢/٣) ، وبه قال الإمام أحمد . انظر : المغني لابن قدامة (٢٣٨/٧) .

(٤) انظر : بدائع الصنائع ١٦٩١/٤ ، المبسوط ٢٣١/٧ ، المدونة ٥٢/٨ .

(٥) في (ص) : [فصح] وما أثبتناه من (م) ، (ع) ، قال الأصحاب مستدلين على الصحة : (لأنه لفظ =

٢٤٣٨٨ - قلنا : إنما لا يصح طلاقه ؛ لأنه لا يصح ظهاره [١] ، وعلة الفرع تبطل ؛ لأنه [٢] إزالة ملك ، والكافر في إزالة الملك [٣] كالمسلم [٤] ، والظهار تحريم بالقول يفضي إلى الكفارة ، فلا يصح من الذمي [٥] .

٢٤٣٨٩ - أصله : قوله : أنت عليَّ حرام [٦] ، ولأنه عقد إذا صح كان سببًا في وجوب الكفارة [٧] ، فلا يصح من الذمي كالإحرام ، ولأنه سبب في وجوب كفارة مرتبة من أنواع ثلاثة [٨] ، فإذا وجد من الذمي ؛ لم يتعلق به حكم ، كالفطر في رمضان [٩] ، ولا يلزم القتل ؛ لأنه [١٠] سبب في وجوب كفارة من نوعين [١١] ، والدليل على أن كفارة الظهار لا تلزم [١٢] منه : أنها عبادة لا تصح منه [١٣] وأنها عبادة من شرطها النية ، أو عبادة [١٤] تقارنها ؛ فلا تصح من الذمي كالصلاة والصوم ، ولا

= يقتضي تحريم الزوجة ، يصح من المسلم والكافر كالطلاق ، وقال الشافعي : يلزم الظهار من الأزواج من يلزمه الطلاق ، وصرح الروياني في الحلية بأنه لا فرق بين الذمي والحربي والمسلم) . انظر : منتقى الينبوع فيما زاد على الروضة من الفروع للسيوطي (٢٣٦/٦) ، وفي المغني لابن قدامة : ولنا أن من صح طلاقه صح ظهاره كالمسلم ... ومن لا يصح طلاقه لا يصح ظهاره كالطفل والزائل العقل بجنون أو إغماء . انظر : المغني لابن قدامة (٢٣٩/٧) .

(١) قال في البدائع : « لأن الظهار من التصرفات الضارة المحضة ، فلا يملكه الصبي ، كما لا يملك الطلاق والعتاق وغيرهما من التصرفات التي هي ضارة محضة » . (٢١٢٣/٥) .

(٢) أي : الطلاق ، والمعنى : لا يصح قياس الظهار على الطلاق ؛ لأن الطلاق إزالة ملك لا يفضي إلى الكفارة خلافًا للظهار .

(٣) في (م) ، (ع) : [الأملاك] .

(٤) انظر : المبسوط للسرخسي (٢٣١/٦) .

(٥) قال في المبسوط : « إن الذمي ليس من أهل الكفارة ، فلا يصح ظهاره كالصبي ، وبيان الوصف أن المقصود بالكفارة التكفير والتطهير ، والكافر ليس بأهل له ، وما فيه من الشرك أعظم من الظهار » . (٢٣١/٦) .

(٦) انظر : بدائع الصنائع (٢١٢٥/٥) .

(٧) انظر: المبسوط (٢٣١/٦)، البدائع (٢١٢٥/٥).

(٨) أي : العتق والإطعام والصوم لقوله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُواْ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا ذَٰلِكُمْ تُوعَظُونَ بِهِۦ وَٱللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ ۝ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا فَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا ﴾ المجادلة ٣ ، ٤ .

(٩) أي : كما لو لم يجب على الذمي شيئًا بفطره رمضان لأنه لا يلزمه .

(١٠) في (ع) : [فإنه] ، وما أثبتناه من (م) ، (ص) .

(١١) القصاص والدية .

(١٢) في (م) ، (ع) : [يلزم] ، .

(١٣) أي : من الذمي .

(١٤) ساقطة من (ص) ، وأثبتناها من (م) ، (ع) .

يلزم الإيمان ، لأنه اعتقاد ونية [١] .

٢٤٣٩٠ – ولا يقال : من شرطها النية ، ولا تقارنها [٢] النية ، ولأن العتق والإطعام معنى يقع به التكفير ، فلا يصح منه [٣] كالصوم ، فلا يصح من الذمي ككفارة رمضان ، ولأن التكفير موضوع للتغطية ، فلا يجتمع مع الكفر كالقربة [٤] .

٢٤٣٩١ – فإن قيل : لا يمتنع أن تكون الكفارة عبادة في حق المسلمين عقوبة في حق أهل الذمة [٥] ؛ لأنها [٦] لا تجب إلا [٧] عن معصية متقدمة [كما أن الحدود وكفارات المسلمين عقوبة للكفار ، ولا تجب إلا عن معصية متقدمة] [٨] .

٢٤٣٩٢ – قلنا : الحدود [٩] ليست عبادات على المحدود ، وإنما هي عبادة على الإمام [١٠] [١١] ، ولهذا فإن الفاعل الملابس للحد مندوب إلى ستر نفسه ، والاقتصار على التوبة [١٢] . فأما في حق المحدود والمسلم : فتارة تكون عقوبة ليس فيها تكفيرَ وهو المحدود والمصِرُّ ، وتارة تكفيرًا [١٣] في حق المحدود الثابت ، والكافر لا تصح منه التوبة ، والحد عقوبة في حقه لا تكفير فيها ، كما هي في حق المسلم الذي لم يتب .

---

(١) انظر : المبسوط (٢٣١/٦) ، شرح فتح القدير (٩٤/٤) ، تحفة الفقهاء (٣١٧/٢) .

(٢) في (م) : [يقارنه] ، وفي (ع) : [يقاربه] ، .

(٣) في (م) ، (ع) : [فيه] ، . انظر : مغني المحتاج (٣٥٩/٣) ، روضة الطالبين (٢٧٩/٨) ، المغني لابن قدامة (٣٧٨/٧) .

(٤) ساقطة من (م) ، (ع) ، .

(٥) قال في شرح روضة الطالب : « اختلف في بعض الكفارات هل هي زواجر أو جوابر ، والظاهر الثاني ؛ لأنها عبادات وقربات » ، وقال : « إنها تستقل بمعنى الزجر في حق الكافر » . انظر : أسنى المطالب شرح روضة الطالب (٣٦٢/٣) .

(٦) ساقطة من (ع) ، .

(٧) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(٩) قاعدة : الحدود ليست عبادات على المحدود ، وإنما هي عبادة على الإمام .

(١٠) الحدود جمع حد ، ومعناه في اللغة : المنع ، ومنه سمي البواب حدادًا لمنعه الناس عن الدخول ، وفي الشرع : عند الحنفية عبارة عن : « عقوبة مقدرة واجبة حقًّا للَّه تعالى ، وسمي هذا النوع من العقوبة حدًّا لأنه يمنع صاحبه إذا لم يكن متلفًا ، وغيره بالمشاهدة ، ويمنع ذلك ويعافيه إذا لم يكن متلفًا لأنه يتصور حلول تلك العقوبة بنفسه لو باشر تلك الجناية فيمنعه من المباشرة . وتعريف الحدود للجمهور شرعًا : عقوبة مقدرة شرعًا سواء كان حقًّا للَّه أم للعبد . انظر : المصباح المنير ١٢٤ ، لسان العرب (١٤٠/١٣) ، بدائع الصنائع (٤١٤٩/٧) ، إعانة الطالبين (١٤٢/٤) ، المغني (١٥٦/٨) .

(١١) الإمام : هو الذي له الرئاسة العامة في الدين والدنيا جميعًا . انظر : التعريفات للجرجاني ٥٨ .

(١٢)قاعدة : الفاعل الملابس للحد مندوب إلى ستر نفسه والاقتصار على التوبة .

(١٣) في (م) ، (ع) : [تكفير] .

وإما أن تختلف العبادة ، فتكون في حق المسلم عبادة ، وفي حق الكافر عقوبة ، ولو جاز ذلك لجاز إيجاب الزكوات [1] وصدقة الفطر على الكافر عقوبة وإن كانت في حق المسلم عبادة وقربة .

٢٤٣٩٣ - فإن قيل : قد قلتم إن المظاهر إذا ارتد وأعتق عن ظهاره جاز عتقه مع الكفر ، وإن كان التكفير لا يصح منه [2] .

٢٤٣٩٤ - قلنا : كان شيخنا أبو عبد الله [3] يقول : إنما قالوا إذا أسلم جاز عتقه [4] ، وهذا يقتضي وقوع العتق ، فأما عن الكفارة فلا .

٢٤٣٩٥ - وقال غيره من أصحابنا : يجوز العتق إذا أسلم . وقبل إسلامه تصرف موقوف ، وإذا أسلم بعد العتق ، حال عقد الفعل عن الكفارة هو مسلم من أهل التكفير ، فلا يلزم ذلك على الطريقين .

٢٤٣٩٦ - فإن قيل : الكافر على الطريقين ، وإن لم يكن من أهل التكفير ، فيجوز أن يسلم [5] ، فيصير من أهله [6] .

٢٤٣٩٧ - قلنا : المعتبر بحكمه في الحال / ألا ترى أن الصبي يجوز أن يصير من أهل التكفير ثم لا يصح ظهاره ، لأنه ليس من أهل التكفير في الحال [7] ؟ وإذ ثبت له أنه لا يصح منه التكفير لا يصح منه الظهار كالصبي [8] ، ولأن الكفارة موجبة للظهار ،

---

(١) في (م) ، (ع) : [ذكاة] .

(٢) قال في مختصر المزني : « ولو ارتد قبل أن يكفر فأعتق عبدًا عن ظهاره ، فإن رجع أجزأه ؛ لأنه معنى دين أداه ، أو قصاص أخذ منه ، أو عقوبة على بدنه لمن وجبت له ، ولو صام في ردته لم يجزئه ؛ لأن الصوم عمل البدن لا يجزئ إلا من يكتب له » انظر : مختصر المزني طبع مع الأم (٣٠٩/٨) .

(٣) هو : عبد الله بن محمد بن يحيى بن مهدي أبو عبد الله الجرجاني ، أخذ الفقه عن أبي بكر الرزاي ، وأقام ببغداد ودرس فيها بمسجد قطيعة الربيع ؛ وله تصانيف منها : ترجيح مذاهب أبي حنيفة ، وقال الخطيب : كان فقيهًا عالمًا ، وهو معدود من أصحاب الترجيح . انظر : الأعلام (١٢٦/٧) ، تاريخ بغداد (٤٣٣/٣) ، كشف الظنون (٥٦١/١) .

(٤) قال السرخسي : « لو أعتق عبدًا عن ظهاره في ردته ثم أسلم جاز عتقه عن الكفارة » . انظر : المبسوط (٢٣٢/٦) .

(٥) في (م) ، (ع) : [سلم] ، .

(٦) قال في الروضة : « وإذا كفر عنها ثم أسلم حل له الوطء » انظر : روضة الطالبين وعمدة المفتين (٢٨٠/٨ ، ٢٨١) ، أسنى المطالب في شرح روضة الطالب (٣٦٣/٣) .

(٧) انظر : المبسوط للسرخسي (٢٣٣/٧) .

(٨) يقصد به : إذا لم يصح من الذمي التكفير فعدم صحة الظهار منه أولى ، مثل الصبي ؛ فإنه لا يصح منه التكفير فلا يصح الظهار منه أولى .

فمن لا يصح منه الموجَبُ لم يصح منه الظهار [١] الموجِب ، كما أن من لا يصح منه الطلاق لا يصح منه النكاح .

٢٤٣٩٨ – ولا يلزم الإيلاء أنه يصح من الذمي ، وإن كانت الكفارة لا تصح منه ، وذلك لأن الكفارة ليست من موجب الإيلاء .

ألا ترى أنها تجب بالحنث [٢] ، وذلك لأنها لا تزيل الإيلاء ، وإنما موجب الإيلاء الطلاق ، وذلك يصح من الذمي ؟ [٣] .

٢٤٣٩٩ – فإن قيل : كذلك الظهار ، لا يوجب الكفارة ، وإنما يجب بالعود [٤] .

٢٤٤٠٠ – قلنا : الظهار هو الموجب ، والعود [٥] شرط لا يحل الظهار ، ولا يخرجه من أن يكون مظاهرًا .

٢٤٤٠١ – ويدل على أن [ظهار المجبوب لها يصح منه ؛ لأنه شبه] [٦] امرأته بمن يعتقد عدم إباحتها بعقد يقر عليه [٧] ، فصار كالمسلم إذا قال لامرأته : أنت علي كظهر

---

(١) ساقطة من (ص) ، (ع) وأثبتناها من (م) .

(٢) انظر : شرح فتح القدير (١٩٠/٤) .

(٣) الإيلاء يصح من الذمي ؛ لأن الكفارة تجب فيه بالحنث ، فالذمي والمسلم في الإيلاء سواء في صحته ، على رأي الجمهور ما عدا الإمام مالك ، وقال في المبسوط : « لأن لهذه اليمين حكمين ، أحدهما : الطلاق وهو من أهله ، والآخر الكفارة وهو ليس من أهلها ، وكل واحد من الحكمين مقصود بهذه اليمين ، فامتناع ثبوت أحد الحكمين لانعدام الأهلية لا يمنع ثبوت حكم الثاني مع وجود الأهلية . انظر : المبسوط (٣٦/٧) ، الشرح الصغير (٤٤٧/٣) ، شرح فتح الجليل على مختصر خليل (٣٠٨/٢) ، مغني المحتاج (٣٤٣/٣) ، المغني لابن قدامة (٣١٤/٧) .

(٤) الرد على الإمام أبو حنيفة ومن وافقه : أن الظهار يصح من الذمي كما يصح الإيلاء منه ، والإيلاء يوجب الكفارات بالحنث وكذلك الظهار يوجبها بالعود ، فيصح الظهار من الذمي كما يصح الإيلاء منه ، إلا أن الظهار يوجب الكفارة بالعود ، وأما الإيلاء فإنه يوجب بالحنث أو مخالفة الزوج يمينه .

(٥) معنى العود : اختلف الفقهاء بما يقصد بالعود ، فقال الحنفية والمالكية على المشهور : العود هو العزم على وطئها بعد الظهار ، وقال الشافعية : العود في الظهار هو إمساكها بعد ظهاره زمنًا يمكنه طلاقها فيه ، وقال الحنابلة إن العود : هو الوطء في الفرج ، لقوله تعالى ﴿ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا ﴾ انظر : تحفة الفقهاء (٣٢٠/٢) ، بداية المجتهد (٧٩/٢) ، مغني المحتاج (٣٥٦/٣) ، المبسوط للسرخسي (٣٨/٦) .

(٦) في (م) ، (ع) : [النكاح لا يصح منه ، لأنه] .

(٧) دليل أبي حنيفة وأصحابه : أن الظهار هو الموجب للكفارة ، والعود شرط ، ولا يصح الظهار من الذمي ؛ لأن مناكحتهم على طريقتهم واعتقاد إباحتهم فلا يصح الظهار من الذمي . انظر : المبسوط للسرخسي (٣٨/٦) .

جاريتي (١) .

٢٤٤٠٢ – ولا يقال : المعتبر بما في شريعتنا دون اعتقادهم ، لأنه لو كان كذلك لم يجز إقرارهم على مناكحتهم .

٢٤٤٠٣ – احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُواْ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ﴾ (٢) ولم يفصل بين المسلم والكافر (٣) .

٢٤٤٠٤ – الجواب : أنه تعالى ابتدأ الآية الأولى بخطاب المسلمين (٤) ، فقال تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ ﴾ (٥) ، وقال جل اسمه : ﴿ ذَٰلِكُمْ تُوعَظُونَ بِهِۦ ﴾ (٦) .

وهذا خطاب المواجهة ، فالظاهر (٧) أنه انصرف إلى من خوطب بالمواجهة في الآية الأولى ، وهم المسلمون (٨) ، ولأن الكافر لا يوعظ على الظهار ، وإنما يوعظ (٩) على الكفر ، فدل ذلك على أن الوعظ للمسلمين ، ثم قال تعالى : ﴿ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ ﴾ (١٠) ، والكافر لا يخاطب بالصيام فعلمنا أن الخطاب لمن يصح منه الصوم ، وهو المسلم (١١) ، والقرائن متى انضمت إلى اللفظ العام صار خاصًا ، ومنعت من دعوى العموم فيه .

٢٤٤٠٥ – ثم قال : ﴿ فَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا ﴾ (١٢) ، فخاطب بالإطعام من لا (١٣) يستطيع الصوم ، ولو تناولته الآية تناولت من لا يكفر بالإطعام إلا

---

(١) لن يكون مظاهرًا في هذه الحالة ؛ لأنه شبه امرأته بامرأة محرمة عليه في حال ، وهي ممن تحل له في حالة أخرى ، مثل أخت امرأته ، ومثل امرأة لها زوج فلا يكون مظاهرًا ؛ لأن النص ورد في الأم المحرمة على التأبيد . انظر : تحفة الفقهاء (٣/٣١٧) .

(٢) سورة المجادلة : الآية ٣ .

(٣) انظر : مغني المحتاج (٣/٢٥٢) ، نهاية المحتاج (٧/٨٢٨) ، المغني لابن قدامة (٧/٣٠٢) .

(٤) انظر : بدائع الصنائع (٥/٢١٢٣) . (٥) سورة المجادلة : الآية ٣ .

(٦) سورة المجادلة : الآية ٣ .

(٧) في (م) ، (ع) : [بالظهار] .

(٨) قال الجصاص : « قيل له : المذكورون في الآية الثانية هم المذكورون في الآية الأولى ، فوجب أن يكون خاصًا في المسلمين دون غيرهم » انظر : تفسير أحكام القرآن للجصاص (٥/٣٠٢) .

(٩) ساقطة من (م) ، (ع) ، وما أثبتناه من (ص) .

(١٠) سورة المجادلة : الآية ٤ . (١١) انظر : بدائع الصنائع (٥/٢١٢٣) .

(١٢) سورة المجادلة : الآية ٤ .

(١٣) في (ع) : [لم] ، وما أثبتناه من (ص) ، (م) .

بعد العجز عن الصوم [١] .

٢٤٤٠٧ – فإن قيل : ليس إذا لم [٢] يلزمه الصوم – لأنه لا يصح منه [٣] – لم يدخل [٤] في الآية ، كما أن العبد لا يخاطب بالعتق ، وإن دخل فيها .

٢٤٤٠٨ – قلنا : الآية لم تتناول العبد عندنا ، وإنما ثبت ظهاره بدليل آخر [٥] .

٢٤٤٠٩ – فإن قيل : قال الله تعالي ﴿ ذَٰلِكَ [٦] لِتُؤْمِنُوا بِاللَّهِ ﴾ [٧] ، ولا يقال للمؤمن ذلك لتؤمن ، فدل أن الآية تناولت الكفار .

٢٤٤١٠ – قلنا : لو كان كما قالوا لكانت الآية خاصة في الكفار دون المسلمين ، وهذا لا يقوله [٨] أحد . وإنما المراد بقوله : ﴿ ذَٰلِكَ لِتُؤْمِنُوا بِاللَّهِ ﴾ أي لتستديموا الإيمان في المستقبل كقوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا آمِنُوا بِاللَّهِ ﴾ [٩] .

٢٤٤١١ – فإن قيل : الكافر يصح منه الصوم إذا قدَّم الإيمان ، كما يصح من المحدث الصلاة إذا توضأ [١٠] .

٢٤٤١٢ – قلنا : لو كان كذلك لكان يجوز الإطعام مع القدرة على الصوم ، وهذا خلاف الآية .

---

(١) انظر : بدائع الصنائع (٢١٣٢/٥) .

(٢) ساقطة من (ع) ، وأثبتناها من (ص) ، (م) .

(٣) انظر : روضة الطالبين (٢٨٠/٨) ، المغني لابن قدامة (٣٦٩/٧) .

(٤) لا يمتنع صحة الظهار من الذمي ، كما أن العبد لا يخاطب في الآية بالعتق وإن دخل فيها ، إلا أن الظهار من العبد صحيح ، فتكون الكفارة في حق الذمي كذلك ، كما أن الكفارة في حق العبد الصوم ؛ لأنه لا يتصور منه العتق أو الإطعام . انظر : بدائع الصنائع (٢١٣٢/٥) ، بداية المجتهد (٨٣/٢) ، روضة الطالبين (٢٦١/٨ ، ٣٠٠) ، المغني لابن قدامة (٣٧٩/٧) .

(٥) قال في البدائع : « فإن قيل : هذه الآية لم تتناول العبد لأنه جعل حكم الظهار التحرير بقوله تعالى : ﴿ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ﴾ والعبد ليس من أهل التحرير فلا يكون من أهل حكم الظهار ، فلا يتناوله نص الظهار ، فالجواب : أنه ممنوع أن يجعل حكم الظهار التحرير على الإطلاق ، بل جعل حكمه في حق من وجد ، فأما في حق من لم يجد فإنما جعل حكمه الصيام (٢١٣٢/٥ ، ٢١٣٤) .

(٦) ساقطة من (ص) ، وأثبتناها من (م) ، (ع) .

(٧) سورة المجادلة : الآية ٤ .

(٨) في (م) ، (ع) : [يقول به] .

(٩) سورة النساء : الآية ١٣٦ .

(١٠) انظر : روضة الطالبين وعمدة المفتيين (٣٦٢/٨) .

٢٤٤١٣ – قالوا : من صح طلاقه صح ظهاره ، كالمسلم [(١)] .

٢٤٤١٤ – قلنا : نجعل المعلول علة [(٢)] ؛ فنقول : من صح ظهاره يصح طلاقه ، ومتى صار المعلول علة فسدت العلة [(٣)] ؛ لأن الحكم والعلة لا يجوز أن يجلب كل واحد منهما الآخر .

٢٤٤١٥ – قال مخالفنا : ليس هذا يقدح [(٤)] في العلل ؛ لأن علل الشرع أمارات [(٥)] ، فيجوز أن يصير كل واحد من الأمرين أمارة على الآخر ، كما أن من علمنا من حاله أنه إذا وهب [لابنه شيئًا وهب] [(٦)] لابنته مثله ؛ فمتى علمناه واهبًا لابنه دل ذلك على أنه وهب لابنته .

٢٤٤١٦ – قلنا : هذا خطاب لا يقوله من يعرف موضوع العلل . ألا ترى أنا نعلم أولًا [(٧)] الحكم في الأصل ، ثم نعلم العلة في الفرع ثانيًا ثم نعلم الحكم ، فما سبق علمنا به في الأصل يتأخر في الفرع ، فكيف يكون كل واحد من الأمرين علة الآخر ويسبق [(٨)] علمنا بأحد الأمرين من حيث كان حكمًا ، ويتأخر علمنا [(٩)] من حيث كان فرعًا ، وهذا تناقض ظاهر [(١٠)] .

٢٤٤١٧ – فإن قيل : إذا جعلنا الطلاق علة تعدت ، وإذا جعلتم الظهار علة وقعت ، والعلة الواقعة ليست علة عندكم [(١١)] .

---

(١) انظر : إعانة الطالبين (٣٦/٤) ، أسنى المطالب (٣٥٨/٣) ، المغني لابن قدامة (٣٦٥/٧) ، كشاف القناع على متن الإقناع (٣٧٢/٥) .

(٢) العلة في اللغة : اسم لما يتغير الشيء بحصوله ، أخذًا من العلة التي هي المرض ؛ لأن تأثيرها في الحكم كتأثير العلة في ذات المريض . أما في الاصطلاح : فهي المعرفة للحكم بأن جعلت علمًا على الحكم ، إن وجد المعنى وجد الحكم . انظر : المصباح المنير ٤٢٦ ، تحقيق الحق في علم الأصول ٢٠٦ ، ميزان الأصول في نتائج العقول في أصول الفقه (٨٢٧/٢) .

(٣) لأن من شرائط الأصل : أن لا يكون الدليل الدال على حكم الأصل دالًّا بعينه على حكم الفرع ، وإلا لم يكن جعل أحدهما أصلًا والآخر فرعًا أولى من العكس . انظر : المحصول في علم أصول الفقه (٤٨٦/٣) .

(٤) في (م) ، (ع) : [يقدح هذا] .

(٥) انظر : ميزان الأصول على نتائج العقول في أصول الفقه (٨٢٢/٢ ، ٨٣٦) .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(٧) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٨) في (م) ، (ع) : [سبق] .

(٩) ساقطة (م) ، (ع) .

(١٠) في (ع) : [يناقض ظاهره] ، وما أثبتناه من (ص) ، (م) .

(١١) انظر : المغني لابن قدامة (٤١٩/١٠) .

٢٤٤١٨ - قلنا : بل يتعدى علتنا وتصير [1] دلالة على إبطال قولهم فيمن قال لامرأته : إذا طلقتك فأنت طالق قبل ذلك ثلاثًا فعندهم لا يقع طلاقه ، ويصح ظهاره .

٢٤٤١٩ - فإذا قلنا : من صح ظهاره صح طلاقه ، ومن يصح ظهاره استفدنا به حكم [2] هذه المسألة [3] .

٢٤٤٢٠ - قالوا : لو كان ظهاره لا يصح [ما صح طلاقه] [4] .

٢٤٤٢١ - قلنا [5] : لنا أن من صح ظهاره صح طلاقه ، ومن لا يصح ظهاره هل يصح طلاقه أم لا ، عكس علينا ، ولا يلزمنا [6] .

٢٤٤٢٢ - فإن قيل : الطلاق يجوز إن جلب الظهار ، ولا يجوز إن جلب [7] الظهار والطلاق [8] ، ألا ترى أن الظهار والطلاق كل واحد منهما كان طلاقًا في الجاهلية ، فغير الظهار بالشرع ، وترك الطلاق بحاله [9] ، فهو أسبق ، فكيف نحكم [10] بصحته ممن يصح منه الظهار ، فتتأخر العلة عن حكمها .

٢٤٤٢٣ - قلنا : هذا غير ممتنع في العلل الشرعية ، وإنما يمتنع في العقلية [11] . ثم هو غلط ؛ إذ لا يمتنع أن يكون في شريعتنا قبل أن يتغير حكم الظهار ، كأن يقع الطلاق بلفظ الظهار ، فلما تغير حكم الظهار في الشرع ، وجُعل تحريمٌ لم

---

(١) في (م) ، (ع) : [علينا ويصير] . (٢) في (م) ، (ع) : [علم] ، .

(٣) يقصد أن الذمي لا يصح ظهاره ؛ لأنه لا يصح طلاقه ، فيكون الحكم مستفادا من مفهوم مخالفة قاعدة : من صح طلاقه صح ظهاره . (٤) زيادة اقتضاها السياق .

(٥) في (م) ، (ع) : [قالوا] .

(٦) يقصد أن المعترض يقول : إن الذمي عندكم لا يصح ظهاره لأنه لا يصح طلاقه ، فإذا اعتبرت هذه قاعدة فهل يكون عكسها صحيحًا ؟ فنقول : من صح طلاقه صح ظهاره أم لا ، ثم ينفي القدوري الملازمة لأنه لا يشترط أن يكون عكس القاعدة صحيحًا ، حيث سبق إثبات الفرق بين الظهار والطلاق حيث إن الظهار لم يلزم الذمي لأنه يفضي إلى الكفارة والذمي ليس من أهلها ، خلافًا للطلاق . وعلى هذا فالذمي حتى وإن صح طلاقه لم يلزم منه أن يكون حجة على الحنفية في صحة ظهاره لثبوت الفرق بين الظهار والطلاق .

(٧) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٨) انظر : الأم للشافعي (٢٩٥/٥) ، وأراد الظهار فإنه يجوز ، وإذا أطلق لفظ الظهار وأراد به الطلاق لا يجوز .

(٩) انظر : الأم للشافعي (٢٦٢/٥) ، كفاية الأخيار (٤٨٢/٢) .

(١٠) ساقطة من (م) ، (ع) .

(١١) العلل الشرعية هي التي علّل بها الشارع بعض الأحكام الشرعية كتحريم الظهار ؛ لأن الزوجة ليست أمًّا للمظاهر ، والعلل العقلية هي التي يرجع العقل إليها الحكم المذكور كرد التحريم الوارد في الخمر إلى كونها مسكرة . انظر : ميزان الأصول في نتاج العقول في أصول الفقه (٨٣٣/٢ ، ٨٣٥) .

يف [1] أن يكون علة لوقوع [2] الطلاق كما كان قبل أن يتغير حكمه ، والمعنى في المسلم أنه يصح صومه ، فيصح ظهاره الموجب للصوم ، والكافر لا يصح منه الصوم فلا يصح منه الظهار الموجب للصوم [3] .

٢٤٤٢٤ - قالوا : تحريم يختص بقول الزوج ، فوجب أن يستوى فيه المسلم والذمي [4] قياسًا على الطلاق [5] .

٢٤٤٢٥ - قلنا : الوصف غير مسلم ؛ لأن الطلاق لا يختص بقول الزوج ، بل يقع بالقول والكتابة ، وبقول الوكيل ، وإيقاع القاضي للفرقة في العنين عندنا ، وفي الإيلاء على أحد قولهم [6] .

٢٤٤٢٦ - فإن قيل : تحريم يختص بقول الزوج ، وما أقيم مقامه انتقض [7] بالردة ؛ فإنها توجب تحريمًا يختص بقول الزوج ، أو بما يقوم مقامه ، وهو الاعتقاد ، ولا يصح من الكافر . والمعنى في الطلاق أنه موضوع لإزالة الملك وإسقاط الحكم ، والمسلم والذمى يتساويان في ذلك ، والظهار تحريم ثبت لحق اللّٰه تعالى ، وذلك لا يثبت بقول الكافر ، كما لا تحرم عليه المحظورات بالإحرام والأكل في الصوم .

٢٤٤٢٧ - قالوا : حكم من أحكام النكاح فيستوى فيه المسلم والكافر كالطلاق [8] .

٢٤٤٢٨ - قلنا : لا نسلم أن الكافر والمسلم يتساويان في الإيلاء ، لأن المسلم إذا حلف لا يقربها بالحج وبالصلاة كان موليًا ، والكافر لا يصير موليًا بذلك [9] ، لأن

---

(١) في (م) : [تحريم لم يفي] ، وفي (ع) : [تحريم لم يف] .

(٢) في (م) ، (ع) : [بوقوع] .

(٣) هذا دليل قوى لرد المعترض ، لأن الذمي لا يصح منه الصوم فلا يصح منه الصوم من كفارة الظهار ؛ فالظهار لا يصح منه .

(٤) في (م) ، (ع) : [الذمي والمسلم] .

(٥) انظر : الأم للشافعي (٢٦٢/٥) ، المهذب (١٤٢/٢) ، كشاف القناع عن متن أبي شجاع (٣٧١/٥ ، ٣٧٢) .

(٦) الإجابة على اختصاص الطلاق بقول الزوج حيث إنه لم يكن وقوع الطلاق بقول الزوج فحسب ، وإنما يقع بكتابته أو بقول الوكيل ، فلذلك لم يكن اختصاص منه ، فقول الاختصاص باطل بخلاف كون الاختصاص في الزوج المظاهر منها مسلمًا فإنه جائز .

(٧) في (ع) : [ينتفض] ، وما أثبتناه من (ص) ، (م) .

(٨) انظر : كشاف القناع على متن الإقناع (٣٧١/٥) .

(٩) انظر : بدائع الصنائع (١٩٦١/٤) .

مقتضى الإيلاء وقوع الطلاق ، وهما يتساويان فيه [١] ، ومقتضى الظهار تحريم يتعلق بقوله ، وهذا لا يصح من الكافر ، كما لا يحرم عليه محظورات [٢] الإحرام [٣] بالإحرام .

٢٤٤٢٩ - قالوا : الأحكام المختصة بالنكاح خمسة : الظهار ، والإيلاء ، والطلاق ، وعدة الوفاة ، والتوارث ، ثم ثبت أن المسلم والمشرك في جميع ذلك سواء ؛ كذلك في الظهار .

٢٤٤٣٠ - قلنا : من الأحكام المختصة بالنكاح : وقوع الفرقة بكلمة الكفر ، ووقوع التحريم بالرضاع ، وفساد النكاح به ، والكافر لا يساوى المسلم في ذلك ، لأنهما [٤] لا يتساويان في الظهار باتفاق ؛ لأن التحريم لا يرتفع بالصوم في حق الكافر ، ويرتفع في حق المسلم ، ويجوز للكافر أن يطعم مع قدرته على الصوم ، ولا يجوز ذلك للمسلم . فأما الطلاق والإيلاء : فقد تكلمنا عليهما ، وأما الميراث : فموضوع لنقل الملك ، والكافر يساوي المسلم في ذلك ، والظهار : تحريم يفضى إلى الكفارة ، والكافر يخالف المسلم في ذلك .

٢٤٤٣١ - وأما عدة الوفاة : فلا نسلم لهم مساواة الكافرة للمسلمة فيها ، لأن العدة لا تجب على الكافرة عند أبي حنيفة إذا كان زوجها كافرًا ، وهي مخالفة للمسلمة في العدة [٥] .

* * *

(١) أي لا نسلم أن الكافر والمسلم يتساويان في الظهار كالطلاق ؛ لأن المسلم والكافر يتساويان في الإيلاء كالطلاق ، إلا أن هناك فرقًا بينهما في الإيلاء فيما إذا حلف الكافر بالحج أو الصلاة لا يكون موليًا ، بخلاف المسلم فإنه يكون موليًا إذا حلف بهما فالتساوي بينهما باطل .

(٢) في (م) ، (ع) : [المحظورات] ، وما أثبتناه من (ص) .

(٣) يقصد به لو أن الظهار يتعلق بقول الزوج إلا أنه لا يصح من الكافر ، يقاس ذلك على الذمي إذا أحرم ، فإن محظورات الإحرام لا تحرم عليه ، فحلف الزوج بالحج أو الصلاة لا يصح لأنهما ليسا من موجبه وكذا الظهار .

(٤) في (م) ، (ع) : [ولأنهما] ، وما أثبتناه من (ص) .

(٥) في (م) ، (ع) : [العلة] .

مسألة ١١٨٥

الظهار من أربعة نسوة بكلمة واحدة

٢٤٤٣٢ – قال أصحابنا : إذا ظاهر من أربعة نسوة بكلمة واحدة فعليه لكل واحدة كفارة .

وهو قول الشافعي [رحمه الله] في الجديد (١) . وقال في القديم : عليه كفارة واحدة (٢) .

٢٤٤٣٣ – لنا : قوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ ﴾ (٣) والمراد بالآية الظهار ، ظهار كل واحدة بجميع الحكم ، بدلالة أن من أفرد امرأته بالظهار لزمته الكفارة (٤) ، فكأن الله تعالى خاطب كل زوج ظاهر من امرأته بالكفارة عند العود ، فإذا ظاهر من جميع نسائه لزمته (٥) لكل واحدة منهن ما يلزمه عند الانفراد؛ ولأن الكفارة يتعلق وجوبها بالعود ، وعودة كل واحدة عود في الأخرى (٦) ، فإذا اختلف المعنى الموجب للكفارة وجب لكل عود كفارة (٧) . ولأنه / معنى يتعلق به الكفارة العظمى ، فاستوى فيه الجميع ، والتفريق كالقتل (٨) ، د

(١) انظر : المبسوط للسرخسي (٢٢٦/٦) ، شرح فتح القدير (٩٣/٤) ، حاشية ابن عابدين (٤٨٠/٣) ، بدائع الصنائع (٢١٣٣/٥) ، الأم للشافعي (٢٦٣/٥) ، مغني المحتاج (٣٥٨/٣) ، المهذب (١٤٦/٢) ، روضة الطالبين (٢٧٥/٨) .

(٢) انظر : مغني المحتاج (٣٥٨/٣) ، المهذب (١٤٦/٢) ، وذهب إلى هذا المالكية والحنابلة . وسبب الخلاف : أن من شبه الظهار بالطلاق أوجب في كل واحدة كفارة ، ومن شبه بالإيلاء أوجب فيه كفارة واحدة . انظر : بداية المجتهد (٨٥/٢) ، الشرح الصغير (٣/٣) ، المغني لابن قدامة (٣٥٧/٧) .

(٣) سورة المجادلة : الآية ٣ .

(٤) انظر : المبسوط للسرخسي (٢٢٦/٦) ، الأم للشافعي (٢٧٨/٥) ، المهذب (١٤٦/٢) .

(٥) في (م) ، (ع) : [لزمه] ، وما أثبتناه من (ص) .

(٦) قال صاحب مغني المحتاج : « فأربع كفارات تجب عليه في الجديد لوجود الظهار ، والعود في حق كل واحدة منهن ، فإن امتنع العود في بعضهن بموت أو طلاق أو غيره وجبت الكفارة بعدد من عاد فيه منهن . انظر : مغني المحتاج (٣٥٨/٣) ، المهذب (١٤٦/٢) .

(٧) اختلاف الموجب للكفارة بين أن يكون الموجب الظهار والعود ، أو الظهار والعود شرط ، أو العود مسقط ، إلا أن الكفارة وجبت لكل عود رغم الاختلاف في الموجب .

(٨) أي يتعلق به أربع كفارات ، فاستوى فيه أن تكون كلمة الظهار ألقيت إليهن بكلمة واحدة كقوله : « أنتن علي كظهر أمي » ، أو بأربع كلمات كما لو قال لكل واحدة : « أنت علي كظهر أمي » ، عليه في ذلك أربع =

ولا يلزم اليمين (١) ، لأنه لا يتعلق بها (٢) الكفارة العظمى ، ولأن كفارة الظهار لرفع التحريم ، وتحريم كل واحدة غير تحريم الأخرى ، فوجب أن يتعلق بكل تحريم كفارة ، كما لو ظاهر بألفاظ مختلفة ، ولأنه سبب تحريم البضع ، فاستوى في حكمه الجمع والتفريق . أصله : الطلاق ، ولأن الكفارة لزوال (٣) التحريم كوطء الزوج الثاني الموضوع لرفع التحريم . ومعلوم أنهن لو حَرُمْن بالطلاق الثلاث احتاجوا مع التحريم في كل واحدة منهن إلى ما يرفع التحريم ، سواء جمع طلاقهن بكلمة واحدة ، أو فرق ، وكذلك (٤) هذا ، ولأنه لا تعلق لظهار إحداهن بظهار الأخرى [ولهذا لا يلزم العود في إحداهن دون الأخرى ، وإذا لم يتعلق ظهار الواحدة بظهار الأخرى] (٥) صار كأنه أفردها بالظهار (٦) .

٢٤٤٣٤ – احتجوا : بما روى سعيد بن المسيب (٧) أن عمر بن الخطاب سئل عن رجل له ثلاث نسوة ، فقال لهن : أنتن عليَّ كظهر أمي ، فقال : يجب به كفارة واحدة (٨) .

٢٤٤٣٥ – الجواب : أنا لا نعلم انتشار هذا القول ، حتى يكون إجماعًا (٩) ، وتقليد الصحابي لا يلزم عندنا إذا خالف قوله ظاهر القرآن ، وقد بينا (١٠) أن الآية تقتضي

= كفارات دون فرق بين كلمة واحدة أو أربع كلمات . انظر : مغني المحتاج (٣/٣٥٨) .

(١) في (م) ، (ع) : [التمييز] ، .

(٢) في (م) ، (ع) : [به] ، وما أثبتناه من (م) ، (ص) .

(٣) في (م) ، (ع) : [لزوم] ، . (٤) في (م) ، (ع) : [وكذلك] ، .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ،

(٦) انظر : المبسوط للسرخسي (٦/٢٢٦) ، الأم للشافعي (٥/٢٨٨) ، مغني المحتاج (٣/٣٥٨) ، المهذب (٢/١٤٦) .

(٧) هو : سعيد بن المسيب بن حزن بن أبي وهب ، القرشي المخزومي ، أبو محمد المدني ، سيد التابعين ، ولد لسنتين مضتا من خلافة عمر بن الخطاب ، رأى عمر بن الخطاب ، وسمع عثمان ، وعليًا ، وطائفة من الصحابة ، روى عن : أبي بن كعب مرسلًا ، وبلال ، وسعد بن عبادة ، وغيرهم ، وروى عنه : خلق كثير منهم : إدريس بن صبيح ، وأسامة بن زيد الليثي ، وإسماعيل بن أمية ، وغيرهم ، قال عنه على بن المديني : لا أعلم في التابعين أحدًا أوسع علمًا من ابن المسيب . وقد تعرض للمحنة في أيام ابن الزبير فصبر ، توفي سنة أربع وتسعين . انظر : تهذيب الكمال (١١/٦٦) ، سير أعلام النبلاء (٥/٢١٥) .

(٨) انظر : المغني لابن قدامة (٧/٣٥٧) .

(٩) ردد ابن قدامة كثيرًا أن عموم قول عمر وعلي ﷺ رواه عنهما الأثرم ولا نعرف لهما في الصحابة مخالفًا فكان إجماعًا . انظر : المغني لابن قدامة (٧/٣٥٧) .

(١٠) في (م) ، (ع) : [ثبت] .

إيجاب الكفارة بظهار المرأة الواحدة (١) .

٢٤٤٣٦ - قالوا : الحكم تجب بمخالفته كفارة ، فوجب أن تجزى كفارة واحدة (٢) . أصله : إذا قال : والله لا أطأكن .

٢٤٤٣٧ - قلنا : الكفارة في اليمين تجب بحرمة الاسم ، والاسم واحد ، فلا يجب بالمخالفة فيه إلا كفارة واحدة ، وفي مسألتنا الكفارة تجب بالعود ، والعود مختلف ، أو تجب لرفع (٣) التحريم ، وتحريم (٤) كل واحدة منهن غير تحريم الأخرى (٥) .

٢٤٤٣٨ - قالوا : الحدود كفارات ، ولو قذف (٦) جماعة بكلمة واحدة ؛ وجب عند أبي حنيفة حد واحد ، وهو قول الشافعي [في القديم] (٧) كذلك هذا (٨) ، إذا قتل جماعة بفعل واحد ، وجب لكل واحد كفارة (٩) ، ولأن الحد يسقط بالشبهة (١٠) ، فاجتماع أسبابه تصير شبهة في التداخل ، والكفارة لا تسقط بالشبهة ، فاجتماع أسبابها لا تصير شبهة في التداخل (١١) .

* * *

---

(١) انظر : المبسوط للسرخسي (٢٢٦/٦) .

(٢) الكفارة تجب عليه واحدة باعتبار أنه مخالف بالظهار نفسه ، كالكلمة بالجمع لا تعتبر عنده ، وإنما المعتبرة مخالفة الظهار ، فوجب عليه كفارة واحدة ، انظر : المغني لابن قدامة (٣٥٧/٧) .

(٣) في (م) ، (ع) : [لدفع] . (٤) في (م) ، (ع) : [دفع] .

(٥) أي : تجوز اليمين بأسماء الله وصفاته ، فإن حلف بذلك انعقدت يمينه وتجب عليه الكفارة بحرمة الاسم بخلاف كفارة الظهار ؛ فإنها تجب عليه بالعود ، فاختلافهما في الكفارة والأسباب ، يوجب اختلاف الواجب في الظهار عما يجب في اليمين .

(٦) في (م) ، (ع) : [قدمت] ، .

(٧) ساقطة من صلب (ص) واستدركت في الهامش .

(٨) أن الواجب كفارة واحدة .

(٩) ذهب جمهور فقهاء : الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة في الراجح إلى أن الجماعة تقتل بالواحد . انظر : تبيين الحقائق (١١٤/٦) ، الشرح الكبير (٣٤٥/٤) ، المهذب (١٧٤/٢) ، مغني المحتاج (٤٠/٤) ، المغني لابن قدامة (٦٧١/٧) .

(١٠) خالف الظاهرية جمهور الفقهاء في إسقاط الحدود بالشبهات ؛ حيث يرون أن الحدود لا تسقط بالشبهات كما لا تثبت بها ، إنما تثبت الحدود وتسقط باليقين فقط .

(١١) رد المعترض بكفارة الواحد إذا قتل جماعة ، أن الكفارة تجب عليهم ، إلا أن الحد يسقط بالشبهة ، بخلاف كفارة الظهار ؛ فإنها لا تسقط بالشبهة ، فكان الواجب عنده كفارة واحدة .

مسألة ١١٨٦

ظهار السكران

٢٤٤٣٩ - قال أصحابنا : ظهار السكران واقع [١] .

٢٤٤٤٠ - وقال الشافعي في أحد قوليه : لا يصح ظهاره [٢] .

وهذه مبينة على وقوع طلاقه ، وقد بينا ودللنا على أنه مكلف يصح ظهاره [٣] كغير[٤] السكران ، ومن خالف يقول : إنه زائل العقل كالمبنج [٥] .

* * *

(١) انظر : المبسوط للسرخسي (٢٣٣/٦) ، بدائع الصنائع (٢٢٢٢/٥) ، حاشية ابن عابدين (٤٦٦/٣) ، وبه قال مالك والشافعي في الرواية الأولى وأحمد . انظر : المدونة الكبرى (٥٢/٣) ، مغني المحتاج (٣٥٣/٣) ، روضة الطالبين (٢٦١/٨) ، المغني لابن قدامة (٣٣٨/٧) .

(٢) انظر : المهذب (٩٩/٢) .

(٣) ساقطة من (م) ، (ع)

(٤) في (م) ، (ع) : [لغير] . انظر : المبسوط للسرخسي (٢٣٣/٦) ، بدائع الصنائع (٢٢٢٢/٥) ، حاشية ابن عابدين (٤٦٦/٣) .

(٥) المراد من زال عقله بسبب مباح كالمضطر لشرب الخمر فإن طلاقه وظهاره لا يقع عند الشافعية . انظر : المهذب (٩٩/٢) .

حكم إضافة الظهار إلى عضو ليس من البدن

٢٤٤٤١ – قال أصحابنا : إذا أضاف الظهار إلى عضو لا يعبر به عن البدن لم يصح [١] .

٢٤٤٤٢ – وقال الشافعي : لا يصح [٢] . وهذه مبنية على إضافة الطلاق إلى اليد [٣] ، وقد بينا ذلك [٤] ، وفرقنا بينه وبين الرأس [٥] ، وإذا ثبت في الطلاق ثبت في الظهار ، لأن أحدًا لم يفصل بينهما ، ولأن الظهار معنى يفضي إلى الكفارة ، فإذا أضافها إلى عضو معين لم يسر إلى الجميع كاليمين [٦] ، ومخالفنا يقول : أضاف الظهار [٧] إلى عضو يتصل بها اتصال خلقة كالرأس [٨] .

* * *

(١) انظر : المبسوط (٢٢٦/٦ ، ٢٢٧) ، بدائع الصنائع (٢١٢٩/٥) ، شرح فتح القدير (٨٨/٤ ، ٨٩) ، حاشية ابن عابدين (٤٦٨/٣) ، وهو رواية عن أحمد انظر : المغني لابن قدامة (٣٤٦/٧) ، كشاف القناع على متن الإقناع (٣٦٩/٥) .

(٢) أساس المسألة : أنه يجب إضافة الظهار إلى جميع بدن المرأة عند الحنفية ، أو إلى جزء يعبر عن البدن غالبًا كالرأس ، ولا يصح إضافة الظهار إلى جزء يطلق علي بعض البدن دون بقيته كالإصبع ، ويصح إضافة الظهار إلى كل هذا عن الشافعية . انظر : بدائع الصنائع (٢١٢٩/٥) ، شرح فتح القدير (٨٨/٤ ، ٨٩) ، مغني المحتاج (٣٥٣/٣) ، المهذب (١٤٣/١) .

(٣) في (م) ، (ع) : [البدن] .

(٤) ذكر في كتاب الطلاق : « إذا أضاف جميع ذلك إلى الطلاق فإنه يقع الطلاق » . انظر : حاشية ابن عابدين (٤٣٥/٢) .

(٥) فرق بين البدن كبطنها ، أو فخذها ، والرأس كيدها ، أو رجلها ، أو شعرها .

(٦) انظر : المغني لابن قدامة (٣٤٦/٧) .

(٧) ساقطة من (ص) ، وأثبتناها من (م) ، (ع) .

(٨) انظر : بداية المجتهد (٧٩/٢) ، روضة الطالبين (٦٣/٨) .

حكم إضافة الظهار إلى الملك

٢٤٤٤٣ - قال أصحابنا : إذا أضاف الظهار إلى الملك ، فقال : إن تزوجتك ، فأنت على كظهر أمي ؛ صح [1] .

٢٤٤٤٤ - وقال الشافعي : لا يصح [2] . وهذه مبنية على الطلاق إذا أضافه إلى الملك .

٢٤٤٤٥ - فنقول : إن الظهار [ينفى تحريم الجميع فجاز أن يتعلق بالملك ؛ لأنه كالطلاق ، والشافعي يقول : الحكم بلفظ] [3] المنجز فلا يملك المؤجل [4] كالصبى والمجنون [5] .

* * *

(١) انظر : المبسوط (٢٣٠/٦) ، بدائع الصنائع (٢١٢٨/٥) ، حاشية ابن عابدين (٤٦٧/٣) ، وبه قال مالك وأحمد ﷺ ، قال الإمام مالك في بداية المجتهد : « وإن عين امرأة بعينها وظاهر منها بشرط التزويج كان مظاهرًا منها ، وكذلك إن لم يعين ، وقال : كل امرأة أتزوجها فهي مني كظهر أمي » انظر : بداية المجتهد (٨١/٢) ، وجاء عن الإمام أحمد في المغني : « أن الظهار من الأجنبية لا يصح سواء ، قال ذلك لامرأة بعينها أو قال : كل النساء علي كظهر أمي : أوقعه مطلقًا أو علقه على التزويج ، فقال : كل امرأة أتزوجها فهي علي كظهر أمي ، ومتى تزوج التي ظاهر منها لم يطأها حتى يكفر . انظر : المغني لابن قدامة (٣٥٤/٧) ، كشاف القناع على متن الإقناع (٣٧٢/٥) .

(٢) انظر : مغني المحتاج (٣٥٤/٣) ، روضة الطالبين وعمدة المفتين (٢٦١/٨) ، تكملة المجموع (٣٤٤٥/١٦) ، كفاية الأخيار (٤٨٣/٢ ، ٤٨٤) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط في (م ، ع) ، ومن صلب (ص) واستدرك في الهامش .

(٤) في (م) ، (ع) : [الموحد] .

(٥) انظر : المبسوط (٢٣٠/٦) ، بدائع الصنائع (٢١٢٨/٥) ، حاشية ابن عابدين (٤٦٨/٣) .

مسألة ١١٨٩

حكم إضافة الظهار إلى أعضاء البدن

٢٤٤٤٦ - قال أصحابنا : إذا قال لامرأته [١] : أنت علي كوجه أمي أو يدها أو صدرها لم يكن مظاهرًا حتى يشبهها بعضو لا يجوز له النظر إليه منها [٢] .

٢٤٤٤٧ - وقال الشافعي : يكون مظاهرًا بجميع أعضائها [٣] .

٢٤٤٤٨ - لنا : أنه شبهها بما يجوز له استباحته بوجه ، وهو النظر واللمس ، فصار كما لو قال : أنت علي كظهر أجنبية [٤] ، أو بما جاز استباحته بدون أن يتزوجها ، لم يكن مظاهرًا ، لأن وجه الأم يجوز استباحته بالنظر واللمس لغير شهوة ، ولا يجوز للشهوة ، فصار كظهر الأجنبية التي تستباح في حال دون حال ، فلا يتأبد [٥] التحريم فيه ، فلا يكون به مظاهرًا [٦] .

٢٤٤٤٩ - احتجوا : بأنه شبهها بعضو من أمه فصار كظهرها [٧] .

٢٤٤٥٠ - قلنا : المعنى فيه : أنه لا يجوز استباحته بحال ، فيغلظ التحريم فيه ، ولما جاز استباحة الوجه فيختلف بضعف التحريم فيه [٨] .

---

(١) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٢) انظر : المبسوط للسرخسي (٢٢٨/٦) ، بدائع الصنائع (٢١٢٩/٥) ، شرح فتح القدير (٨٨/٤) ، حاشية ابن عابدين (٤٦٦/٤) ، وبه قال أحمد طبقا لما جاء في المغني لابن قدامة (٣٤٦/٧) ، كشاف القناع على متن الإقناع (٣٦٩/٥) .

(٣) انظر : الأم للشافعي (٢٦٣/٥) ، مغني المحتاج (٣٥٣/٣) ، المهذب (١٤٣/٢) ، روضة الطالبين وعمدة المفتين (٢٦٣/٨) ، تكملة المجموع (٣٤٧/١٦) ، وبه قال الإمام مالك ورواية عن أحمد ، وقال الإمام أحمد : شبهها بعضو من أمه فكان مظاهرًا كما لو شبهها بظهرها . انظر : المغني (٣٤٦/٧) ، بداية المجتهد (٧٩/٢) ، كشاف القناع على متن الإقناع (٣٦٩/٥) .

(٤) انظر : بدائع الصنائع (٢١٢٨/٥) ، شرح فتح القدير (٨٨/٤) .

(٥) في (م) ، (ع) : [يبادر] .

(٦) جاء في شرح فتح القدير : « لانتفائه من جهة المشبه بها ؛ لأن هذه الأشياء [وجه أمي ، أو يدها ، أو صدرها] مما ويجوز النظر إليه وبغير شهوة » . انظر : شرح فتح القدير (٨٨/٤ ، ٨٩) ، حاشية ابن عابدين (٤٦٨/٣) .

(٧) انظر : الأم للشافعي (٢٦٣/٥) ، المغني لابن قدامة (٣٤٧/٧) .

(٨) أي : لما كان وجه الأم يجوز استباحته للنظر واللمس من دون شهوة خالف سائر الأعضاء التي لا يجوز استباحتها بحال .

٢٤٤٥١ - قالوا : ليس المعتبر استباحة النظر ، إنما المعتبر الاستمتاع والتلذذ ، ووجه الأم لا يجوز التلذذ به ولا الاستمتاع [١] .

٢٤٤٥٢ - قلنا : اعتبرنا النظر واللمس ، واعتبرتم النظر للشهوة ، فعلقتم الحكم بما علقناه وزيادة ، والحكم إذا استقل بوصف واحد لم يجز ضم غيره إليه [٢] ، ولأن ما يجوز استباحته لغير الشهوة ولا يجوز لشهوة لم يكمل فيه التحريم ، والتشبيه بما لا يكمل تحريمه ليس بظاهر كتشبيهها [٣] بالأجنبية .

* * *

(١) انظر : الأم للشافعي (٢٦٣/٥) ، مغني المحتاج (٣٥٣/٣) ، المغني لابن قدامة (٣٤٦/٧) .

(٢) قاعدة : « الحكم إذا استقل بوصف واحد لم يجز ضم غيره إليه » .

(٣) في (م) ، (ع) : [لشبهها] .

مسألة ١١٩٠

حكم التشبيه بظهر غير الأم

٢٤٤٥٣ – قال أصحابنا : إذا شبه امرأته بظهر من لا تحل له على التأبيد كان مظاهرًا [سواء كانت] (١) أمًّا أو أختًا أو حرمت لسبب (٢) كالرضاع (٣) والمصاهرة (٤) .

٢٤٤٥٤ – وقال الشافعي : إذا شبهها بالأم والجدة ، فهو ظهار ، وإن شبهها بالبنت والأخت ففيه قولان ، فإن شبهها بمن كانت حلالًا ثم حرمت كالمرضعة وأم امرأته لم يكن مظاهرًا قولًا واحدًا (٥) .

٢٤٤٥٥ – لنا : قوله تعالى : ﴿ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنكَرًا مِّنَ ٱلْقَوْلِ وَزُورًا ﴾ (٦) ، وهذا موجود (٧) . إذا قال : أنت عليَّ كظهر أمي أو أختي ، ولأنه شبهها بمن لا تحل له على التأبيد كالأم .

٢٤٤٥٦ – ولا يلزم إذا قال : أنت عليَّ كظهر فلانة : امرأة قد زنى بها ، لأن تلك قد تحل له بحال إذا عقد عليها الحكم بالتشبيه بالأم .

٢٤٤٥٧ – والجواب أنه على ذلك يكون منكرًا من القول وزورًا [يحكم الحاكم بجواز العقد ولا يلزم كلامه فيحتجون بقوله وتطلق منه] .

* * *

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .
(٢) في (م) ، (ع) : [بسبب] .
(٣) في (م) ، (ع) : [مثل الرضاع] .
(٤) المبسوط للسرخسي : (٣٢٧/٦) ، بدائع الصنائع : (٢١٣٠/٥) ، حاشية ابن عابدين : (٤٦٦/٣) ، وقد وافقه مالك وأحمد ، وسبب الخلاف : معارضة المعنى للظاهر ، وذلك أن معنى التحريم تستوي فيه الأم وغيرها من المحرمات ، والظهر وغيره من الأعضاء ، واحتج أحمد في بما رواه أبو داود بإسناده « أن رجلًا قال لامرأته : يا أخية ، فقال رسول الله ﷺ : « أختك هي » فكره ذلك ونهى عنه . المغني لابن قدامة : (٣٤٧/٧) ، كشاف القناع عن متن الإقناع : (٣٦٩/٥) .
(٥) وانظر : الأم للشافعي (٢٧٧/٥ ، ٢٧٨) ، مغني المحتاج (٣٥٤/٣) ، المهذب (١٤٣/٢) .
(٦) سورة المجادلة : الآية ٣ .
(٧) المغني لابن قدامة : (٣٦٦/٧) .

عتق المكاتب في الكفارة

٢٤٤٥٨ - [قال أبو حنيفة : يجزئ عتق المكاتب في كفارة الظهار إذا كان لم يؤد شيئًا من بدل الكتابة : وقال الشافعي : لا يجزئ] (١) .

٢٤٤٥٩ - هذا لنا أن هذا عبد ، والدليل على كمال رق المكاتب أن الكتابة لو أوجبت نقص الرق لم يرتفع النقصان أبدًا كالاستيلاد (٢) ولأن (٣) تعليق العتق بالملك لا يوجب نقص الرق ، كقوله (٤) : إذا أديت إلى ألفًا فأنت حر (٥) .

٢٤٤٦٠ - قالوا : لا تأثير لقولكم كاملة الأعضاء .

٢٤٤٦١ - وعندنا (٦) : لا يجوز مقطوع اليد (٧) .

٢٤٤٦٢ - قلنا : لا تأثير لأن نقصان الأعضاء ينقسم : فيه ما يمنع التكفير ، وهذا قوله ، مخالفًا العلة (٨) في تحريم التفاضل في السراية ، (٩) فلو صح التزامه في مسألتنا لزمه مثله .

---

(١) ما بين المعكوفتين مزيد للسياق . وقد قال أبو حنيفة : لا يجوز إعتاق المكاتب إذا كان أدى شيئًا من بدل الكتابة ، وإذا لم يكن أدى شيئًا من بدل الكتابة جاز عتقه في كفارة الظهار . وقال الشافعي : لا يجوز . قال في المهذب : ولا يجزئ عتق أم الولد ولا المكاتب . وقد أورد المصنف الأدلة على ذلك فيما ذكره . وما قال به الشافعي قال به زفر ومالك وأحمد . وقال في بداية المجتهد : إذا كان فيه عقد من عقود الحرية كالكتابة كان تنجيزًا لا إعتاقًا (٨٤/٢) ، المبسوط للسرخسي (٤/٧) ، شرح فتح القدير (٩٨/٤) ، حاشية ابن عابدين (٤٧٥/٥) ، البناية في شرح الهداية (٣٤٣/٤) ، المدونة الكبرى (٧٣/٣) ، بداية المجتهد (٨٤/٢) ، الأم للشافعي (٢٨١/٥) .

(٢) انظر : البناية في شرح الهداية (٣٤٣/٤) . (٣) في (م) ، (ع) : [لا] .

(٤) في (م) ، (ع) : [لقوله] . (٥) انظر : شرح فتح القدير : (٩٨/٤) .

(٦) ساقط من النسخ وزدناها ليستقيم المعنى بها .

(٧) انظر : المهذب (١٤٧/٢) ، تكملة المجموع (٣٧٠/١٦) ، وقال في المهذب : « ولا يجزئ إلا رقبة سليمة من العيوب التي تضر بالعمل ضررًا بينًا ؛ لأن المقصود تمليك العبد منفعته وتمكينه من التصرف .... ولا يجزئ مقطوع اليد أو الرجل ؛ لأن ذلك يضر بالعمل ضررًا بينًا » .

(٨) أي : يختلف نقصان الأعضاء في الكتابة ، شرط التفاصل في الربا جنس ؛ لأنه ليس كل النقصان يؤدي إلي عدم الصحة للكفارة ، فصح عند الحنفية إذا لم تفت المنفعة ، كإحدى اليدين المقطوعة ، أما إذا فاتت المنفعه كالعمياء ، فلا تصح الكفارة بها ، فالمكاتب رقبته سليمة من العيوب ، فتجوز الكفارة بها ، فالعيوب التي لا تُجوِّزُ الكفارة عند الحنفية : فوات المنفعة ، أما عند الشافعية : فهي العيوب التي تضر بالعمل ضررًا بينًا . انظر : المبسوط للسرخسي (٢/٧) ، المهذب (١٤٧/٢) . (٩) بياض في (ص) .

٢٤٤٦٣ – قيل : لا تأثير لقولكم : مطعوم ، والتحريم يتعلق بالأيمان . فإن أجاب بأن [١] ما ليس بمطعوم قد يتعلق التحريم به إذا كان يمتاز ، وقد لا يتعلق به ، فهذا ما هاهنا مثله ، ولا نجد بين الموضعين فضلًا . وهذه المسألة مبنية على أصله ، وهو أن عتق المولى العبد القن هو مقصود البذل في الكفارة . يفسخ الكتابة [٢] . والدليل على صحة [٣] قولنا : أنه إتلاف للمعقود عليه بقيام العاقد بفسخ العقد كالبائع إذا أتلف المبيع قبل القبض [٤] ، ولأنه عتق قبل حصول المعقود بالعقد ، فانفسخ العقد ، كما لو كان الخيار للبائع ، فأعتق العبد [٥] ، ولأنه لو علق عتقه بشرط جاز [٦] ، وهو أن نقول : إذا جاء غدًا ، فأنت حر [٧] ، ولا يقال ، [فلو كان حرًا لم يصح تعليق بشرط كما لو قال : إذا جاء غد فقد أبرأتك] [٨] أو عتق الوارث عبدًا لم يره . ولا يجوز تعليقه بشرط [٩] ، لأنا لا نعرف هذا ، والظاهر أنه لا يتعلق بشرط ، ولأن الكتابة عتق معلق بشرط ، فإذا باشر العتق كان إعتاقًا ، ولم يكن تعجيلًا لما اقتضاه الشرط . أصله : إذا قال له : أنت حر إن دخلت الدار ، ثم أعتقه قبل دخوله [١٠] .

٢٤٤٦٤ – فإن قيل : العتق المعلق بالشرط لا يصلح تعجله ، وعتق المكاتب يصح [١١] تعجله ، بدلالة إذا أبرأه من المال [١٢] .

٢٤٤٦٥ – قلنا : كل واحد من العقدين لا يصح تعجيله عندنا ، فإذا أبرأه لم يعجل العتق ، لأن ملكيته [١٣] الحرية متعلقة ببراءة ذمته من مال الكاتبة [١٤] ، فإذا أبرأه وجد الشرط الذي تعلقت الحرية ابتداء به ، وأما إذا باشر عتقه سقط المال بالعتق ، فحال

---

(١) ساقطة من (ص) ، وأثبتناها من (م) ، (ع) .

(٢) انظر : المهذب (١٨/٢) .

(٣) في (م) ، (ع) : [صحته] ، .

(٤) انظر : المبسوط ، (٢٩٩/٧) ، البناية في شرح الهداية (٣٤٤/٥) .

(٥) انظر : اللباب ٢٤٠ .

(٦) انظر : المبسوط للسرخسي (٧/٧) ، شرح فتح القدير (٩٨/٤) .

(٧) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٨) ما بين المعكوفتين ساقط في (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدرك في الهامش .

(٩) أي : من الوارث أما من المولي فهو جائز .

(١٠) المبسوط للسرخسي (٦/٧) .

(١١) في (م) ، (ع) : [يجوز] ، .

(١٢) أي : أن قياس عتق المكاتب المعلق على شرط على عتق العبد المعلق على شرط قياس غير صحيح ، لأن تق العبد المعلق على شرط يجوز تعجيله ، بخلاف عتق المكاتب لا يجوز تعجيله .

(١٣) في (م) ، (ع) : [لحرمة] ، وما أثبتناه من (ص) .

(١٤) في (م) ، (ع) : [المكاتب] ، وما أثبتناه من (ص) .

إيقاعه لم تتبرأ ذمته ، فلم يكن ذلك تعجيلًا لما اقتضته الكتابة [١] .

٢٤٤٦٦ - فإن قيل : لو كان فسخًا لم تعتق أولاده ولم يبيحوا لعانه كما لو كان شيخًا تبرأ منهما .

٢٤٤٦٧ - قلنا : عقد الكتابة أثبت لكل واحد من المولى والعبد حقًّا ، فإذا أعتق المولى ، فقد أسقط حق نفسه من المال ، وأراد إسقاط حق مكاتبه من الأولاد والأكساب ، وهو يملك إسقاط حق نفسه ، ولا يملك إسقاط حق غيره ، فيبقى حق المكاتب بحاله ، وهذا كما لو ولدت المبيعة في يد البائع [٢] فقيل الإبراء يفسخ العقد فيها ، ويسلم الولد للمشتري بحصته ؛ لم ينفسخ العقد فيه ، وليس هذا كما لو تقاسما ؛ لأن كل واحد منهما رضي بإسقاط حقه ؛ فلم يجز أن تبقى الكتابة مع إسقاطه لها .

٢٤٤٦٨ - فإن قيل : [قد] [٣] قلتم إن المولى إذا مات [٤] فأعتق الوارث المكاتب ، كان ذلك براءة ؛ فهلا قلتم في الموروث مثله ؟ .

٢٤٤٦٩ - قلنا : لأن الكتابة تمنع إسقاط الملك ، والوارث لا يملك الرقبة ، وإنما يملك البدل ، فحملنا عتقه على إسقاط ما يصح إسقاطه ، والمولى / مالك للرقبة ؛ فأمكن حمل عتقه على حقيقته [٥] ، فلم يجز أن يصرف إلى غير حقيقته [٦] . ٢٧٠/أ

٢٤٤٧٠ - فإن قالوا : كذلك نقول : إن الموروث لا يملك المكاتب [٧] .

٢٤٤٧١ - قلنا : لا نتكلم في هذه المسألة إلا بتسليم هذا الأصل لو سلم بالدليل ، وإلا فالكلام لغو . والدليل على أن عقد الكتابة لا يزيل ملك المولى قوله [ﷺ] [٨] : المكاتب عبد ما بقي عليه درهم [٩] ، ولا يخلو إما أن يكون عبدًا للمولى أو عبدًا لا مالك له ، لا [١٠] يجوز أن يكون لا مالك له ، لأنه لو كان كذلك [١١] لم يستحق المولى الولاء

---

(١) انظر : المبسوط للسرخسي (٦/٧) ، اللباب ٢٤١ .

(٢) انظر : اللباب : ٢٣٢ وما بعدها

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، وأثبتناها من (ص) .

(٤) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٥ ، ٦) في (م) ، (ع) : [حقيقة] ، وما أثبتناه من (ص) .

(٧) انظر : المهذب : (١٧/٢) .

(٨) في (م) ، (ع) : [عليكم] ، وما أثبتناه من (ص) .

(٩) سبق تخريجه .

(١٠) في (م) ، (ع) : [ولا] ، .

(١١) في (م) ، (ع) : [ذلك] .

بوقوع الحرية ، لأنها وقعت في غير ملكه ، فلم يبق إلا أن يكون عبدًا لمولاه ، ولأنه عتق معلق بشرط ؛ فلا يوجب زوال الملك قبل وجود الشرط ، كقوله [١] : إن دخلت الدار فأنت حر [٢] ، أو عتق معلق بأداء مال ، فصار كقوله : إذا أديت إلى ألفًا ، فأنت حر ، ولأن الملك لو زال بالكتابة لم يستحق المولى الولاء إذا اعتق [٣] .

٢٤٤٧٢ - احتجوا : بأن بينهما عقداً يمنع من رجوع أرش الجناية عليه ؛ فوجب أن يمنع الإجزاء في الكفارة . كما لو أدى بعض نجومه [٤] . وربما قالوا : ممنوع من بيعه بعقد الكتابة ، فوجب أن لا يملك إعتاقه عن كفارته [٥] كما لو أدى بعض نجومه [٦] .

٢٤٤٧٣ - قلنا : لا نسلم أنه أعتقه ، وهو ممنوع من بيعه ، أو هو على منعه لا يرجع أرشه عليه ، لأن الكتابة تنفسخ عندنا بالعتق ، فيقع عليه ، وهو عبد قن [٧] ، والمعنى فيه : أنه إذا أدى بعض النجوم أن العوض سلم له عن الرقبة [٨] ، وليس كذلك في مسألتنا ، لأنه عتق في رقبة كاملة الرق ، والأعضاء لم يسلم له عنها عوض يبين ذلك أنه لو [٩] قال لعبده : إذا أديت لي ألفا ، فأنت حر ، ثم أعتقه عن كفارته جاز ، فإن أدى بعض الألف ، ثم أعتقه لم يجز [١٠] عنها ، وإنما كان كذلك في المسألتين ، لأنه يتهم بتحصيل العوض ، ثم بالعتق من الكفارة .

٢٤٤٧٤ - فإن قيل : علة الأصل [تبطل بمن باع] [١١] ، وشرط لنفسه الخيار وقبض الثمن ، ثم أعتق ، جاز عتقه عن الكفارة ، لا نسلم وإن حصل له العوض .

---

(١) في (ص) : [لقوله] .
(٢) انظر : المبسوط للسرخسي (٨/٧) .
(٣) انظر : المبسوط للسرخسي (٥/٧ ، ٦) .
(٤) التنجيم : هو تأدية المال المشترط في عقد الكتابة مقسطًا علي أزمنة معينة . وسميت نجوم الكتابة به ؛ لأن العرب ما كانت تعرف الحساب والكتابة وإنما تعرف الأوقات بالنجوم وهي ثمانية وعشرون نجمًا منازل القمر ، فيقول : أعطيتك إذا طلع نجم كذا ، أو سقط نجم كذا فسميت باسمها مجازًا ، وقد يطلق النجم علي المال الذي يحل في الوقت ، انظر : كفاية الأخبار (٦٧٥/٢) ، اللباب ٥٩٢ .
(٥) في (م) ، (ع) : [كفارة] .
(٦) انظر : مغني المحتاج (٣٦١/٣) ، المهذب (١٥/٢) .
(٧) قال في المبسوط : « إذا ثبت أن العتق لا يصير مستحقًّا » بهذا السبب ، ظهر إن إعتاق المولى إياه يكون تحريرًا مبتدأ من كل وجه ، فيصير ممتثلًا للأمر . انظر : المبسوط (٦/٧) .
(٨) انظر : اللباب ٥٩٢ .
(٩) ساقط من (م) .
(١٠) وجه عدم الجواز : أنه عتق بعوض ، والكفارة به لا تتأدى ، والدليل علي أن المقبوض عوض : أنه لو وجده زيوفًا رده ، واستبدل بالجياد ، ولأن الصحابة ﷺ اختلفوا في رقه بعد أدائه بعض البدل ، واختلاف الصحابة في رقه شبهة مانعة من جواز التكفير به . انظر : المبسوط للسرخسي (٥/٧) .
(١١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

٢٤٤٧٥ – قلنا : هذا لأن العوض لا يسلم له ، بل يجب رده ، وفي مسألتنا نسلم له أخذه من المكاتب .

٢٤٤٧٦ – فإن قيل : العتق عندنا لا يقع بمقتضى الكتابة ، بل ينفسخ ، فكيف يحصل له العوض ؟ [١] .

٢٤٤٧٧ – قلنا : إذا أخذ مال الكتابة لأحدهما ، ثم أعتقه عن الكتابة ، فقد حصل العوض ، ثم استوفى العوض ؛ فلحقته التهمة من هذا الوجه ، فمنع الجواز .

٢٤٤٧٨ – قالوا : تصرف لا يعقد في المكاتب إذا أدى المال أو نفس المال ، ولا يتعد وإن لم يؤد كالبيع والهبة [٢] .

٢٤٤٧٩ – قلنا : التصرف نافذ في الوجهين ، وإنما جهة التصرف تختلف ، فيجوز في أحد الوجهين عن فرضه ، ولا يجزى في الوجه الآخر . كما لو أعتقه بعوض أو بغيره جاز عتقه في أحد الوجهين عن فرضه ، وإن لم يجز في الآخر [٣] .

٢٤٤٨٠ – قالوا : كل من لو أعتقه بعد أداء بعض الكتابة لم يجز ، فكذلك قبله كالوارث [٤] .

٢٤٤٨١ – قلنا : الوارث لا يثبت له الولاء بالإعتاق ، فلم يجز عن كفارته والموروث يثبت له الولاء بإعتاقه في رق كامل من غير عوض ، فلذلك جاز عن كفارته [٥] .

٢٤٤٨٢ – قالوا : عتق مستحق به سبب غير الكفارة ، فلا يصرف إلى الكفارة . أصله : عتق أم الولد .

٢٤٤٨٣ – وربما قالوا : عتق مستحق بسبب سابق ، فلا يجوز صرفه إلى الكفارة [٦] .

٢٤٤٨٤ – قلنا : يبطل إذا علق عتق عبد بشرط ، ثم أعتقه عن كفارته قبل وجود الشرط – والمعنى في أم الولد : أن رقها ناقص ، بدلالة أنها لا تعود إلى حال المملوك القن بحال ، وهي في ملك مولاها [٧] ، وليس كذلك المكاتب ، لأن رقه ليس بناقص ، بدلالة

---

(١) أي أن المكاتب لا يكون حرًا بمجرد عقد الكتابة عند الأحناف ، فإذا أعتقه عن كفارة الظهار انفسخ العقد فلا يحصل للمولي العوض . انظر : المهذب (١٤٨/٢) . (٢) انظر : المهذب (١٤٨/٢) .

(٣) انظر : المبسوط للسرخسي (٦/٧) ، حاشية ابن عابدين (٤٧٥/٣) .

(٤) انظر : مغني المحتاج (٣٦١/٣) . (٥) انظر : اللباب ٥٩٨ ، الاختيار (٢٠٨/٣) .

(٦) حاصل هذا القياس عند الشافعي : أن أم الولد لا يجوز عتقها في كفارة الظهار ، لاستحقاقها العتق بوصف الاستيلاد ، كذلك المكاتب لا يجوز عتقه في الظهار ، لاستحقاقه العتق بالكتابة . انظر : مغني المحتاج (٣٦١/٣) .

(٧) وذلك الملك ثابت له وقائم كما في المدبر . انظر : اللباب ٥٨٧ .

أنه لو لم يؤد بدل الكتابة عاد إلى حال المملوك القن ، كما كان قبل الكتابة [١] .

٢٤٤٨٥ - فإن قيل : العتق المعلق بالصفة إذا عجله فليس هو المستحق بالصفة التي لم توجد ، وليس كذلك في الكتابة ؛ لأن عتق المكاتب هو الذي أوجدته الكتابة ، بدلالة أن أولاده يعتقون بعتقه [ويستحق فاضل الكتابة .

٢٤٤٨٦ - قلنا : إنما يعتق أولاده لأن عتقهم متعلق بعتقه] [٢] ، وكذلك سلامة الاكتساب ، فأما ما ذكروه فلا . ألا ترى أن المولى لو كاتب أم ولده ، أو استولد مكاتبته ، ثم مات عتقت لا بموجب الكتابة ، وسلم لها ، فاضل اكتتابها ، لأن الولد متعلق بعتقها لا بما ذكروه ؟ [٣] .

٢٤٤٨٧ - فإن قيل : كيف يكون عتق المولى فسخًا ، وهو لا يملك الفسخ .

٢٤٤٨٨ - قلنا : لا يملك ذلك لحق المكاتب ، فإذا أعتق فقد وفّى المكاتب حقه ، وزاد إسقاط العوض ؛ فصح الفسخ ، وهذا كما نقول جميعا : إنه يملك العتق ، ولا يملك البيع ، وإن كان في الموضعين أزال الملك ، إلا أنه لما وفّيّ المكاتب حقه بالعتق نفذ ، ولم يتفد البيع ، لأنه إسقاط حقه [٤] .

٢٤٤٨٩ - قالوا : ملك المولى في مكاتبه ناقص ، بدلالة أن تصرفه فيه لا ينفذ إلا بالعتق [٥] .

٢٤٤٩٠ - قلنا : ليس لنقصان الملك ، لكن لأنه علق بالرق حقًا منع التصرف كالعبد الموهوب .

٢٤٤٩١ - قالوا : المولى مع مكاتبه كالأجنبي ، بدلالة أن تصرفه فيه لا يجوز [٦] .

٢٤٤٩٢ - قلنا : والمكاتب ممنوع من التزوج لحق المولى كالعبد القن [٧] . فأما منع التصرف ، فلما بيناه من تعليق الحق برقبته ، كما يتعلق بالرهن [٨] .

---

(١) إذا صحت الكتابة ، خرج المكاتب عن يد المولي دون ملكه ، حتى إنه يصير أحق بمنافعه وأكسابه ؛ لأن المطلوب من الكتابة وصول المولى إلى البدل ووصول العبد إلي الحرية بأداء بدلها ، ولا يتحقق ذلك إلا بفك الحجر عنه وثبوت حرية اليد حتى يتجر ويكتسب ويؤدي البدل . انظر : الاختيار (٢٠٢/٣) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) . (٣) انظر : الاختيار (٢٠٤/٣) .

(٤) انظر : اللباب ٥٩٣ . (٥) انظر : المهذب (٢٠/٢) .

(٦) المكاتب مع المولي كالأجنبي في ضمان المال وبذل المنافع وأرش الأطراف ؛ لأنه صار بما بذله له من العوض عن رقبته كالخارج عن ملكه . انظر : المهذب (١٥/٢) .

(٧) العلة في ذلك : أن الكتابة فك الحجر مع قيام الملك ، وضرورة التوصل إلي المطلوب والتزوج ليس وسيلة إليه ، ويجوز بإذن المولي لأن الملك له . انظر : اللباب ٥٩٣ .

(٨) انظر : الاختيار (٢٥٢/٣) .

مسألة ١١٩٢

حكم عتق رقبة ذي رحم

٢٤٤٩٣ – قال أصحابنا : إذا اشترى ذا رحم منه ينوى أن يعتقه كفارة اليمين جاز عنها استحسانًا (١) ، والقياس (٢) يمنع ذلك (٣) . وبه قال زفر (٤) خلافًا للشافعي (٥) .

٢٤٤٩٤ – لنا : أن السبب الموجب للحرية من جهته ، فقد وجد (٦) مقارنًا لنية الكفارة ، فصار كقوله لعبده : أنت حر (٧) .

٢٤٤٩٥ – ولا يقال : إن سبب الحرية هو السبب (٨) ، والملك شرط (٩) ، لأن

---

(١) معني الاستحسان عند الحنفية : « هو أن يعدل المجتهد عن أن يحكم في المسألة بمثل ما حكم به في نظائرها ، لوجه أقوي يقتضي العدول عن الأول » ، وقد اتفق الإمامان أبو حنيفة ومالك في جريان الاستحسان كثيرًا في عباراتهم واستنباطهم ، وقد عرفه ابن العربي من المالكية بقوله : « الاستحسان هو إيثار ترك الدليل والترخيص بمخالفته لمعارضة دليل آخر في بعض مقتضياته » . انظر : أصول الفقه لمحمد أبو زهرة ٢٥١ ، ٢٥٨ .

(٢) معنى القياس لغة : المساواة والتقدير . واصطلاحًا : حمل معلوم على معلوم في إثبات حكم لهما ، أو نفيه عنهما ، بأمر جامع بينهما . انظر : إرشاد الفحول إلي تحقيق الحق من علم الأصول لمحمد بن علي الشوكاني ١٧٤ ط دار المعرفة ببيروت .

(٣) انظر : المبسوط للسرخسي ٨٧ ، شرح فتح القدير (٩٩/٤) ، حاشية ابن عابدين (٤٤٧/٣) ، الاختيار لتعليل المختار (١٦٤/٣) .

(٤) انظر : المبسوط السرخسي (٨/٧) ، شرح فتح القدير (٩٩/٤) .

(٥) انظر : مغني المحتاج : (٣٦١/٣) ، المهذب (١٤٩/٢) ، كفاية الأخيار (٤٨٦/٢ » ، وقال به الإمام مالك ، بداية المجتهد (٨٤/٢) ، المدونة الكبرى (٧٣/٣) ، الشرح الصغير (٦٤٦/٢) .

(٦) السبب الموجب للحرية هناك هو الملك لقوله ﷺ : « من ملك ذا رحم محرم فهو حر » . وأخرجه النسائي في السنن الكبرى (١٧٣/٣) ، وأبو داود في سننه وقال أبو داود : روي محمد بن بكر البرساني عن الحسن عن سمرة عن النبي ﷺ مثل ذلك الحديث ، قال أبو داود : ولم يحدث ذلك الحديث إلا حماد بن سلمة وقد شك فيه . انظر : سنن أبي داود (٣٥/٤) ، رقم ٣٩٤٩ ، ٣٩٥٠ ، ٣٩٥١ .

(٧) أي أن قوله لعبده : أنت حر من أنواع كلمات العتق الصريحة ، لا فرق بين كون العبد من أقارب المعتق أو غيرهم ؛ لأن الحاصل أن العتق يقع بالنداء بثلاثة ألفاظ في ظاهر الرواية يا حر ، يا عتق ، يا مولاي ، وقيل : بخمسة ألفاظ بالثلاثة المذكورة وبقوله : يا ابني ، ويا أخي . انظر : شرح فتح القدير باب العتق (٢٤٠/٤) .

(٨) في (م) ، (ع) : [المسبب] .

(٩) يقصد بالأقارب : ذو رحم محرم هو من لا يجوز النكاح بينهما لو كان أحدهما ذكرًا والآخر أنثى وهذا =

السبب الذي من جهته هو التمليك ، والسبب فعل الله تعالى [١] ، وليس هو من جهته ، . ولأن العتق على ضربين : [عتق يقع من طريق الحكم و] [٢] عتق يقع بالإيقاع [وما يقع بالإيقاع] [٣] ، فيه ما يجزي عن الكفارة ، كذلك ما يقع حكمًا يجب أن يكون فيه ما يجزي عن الكفارة ، ولأنه ذو رحم محرم ، فجاز عتقه ، ولأنه عتق معلق لسبب [٤] من جهته لم يتقدم على نية الكفارة ، فصار كقوله : إذا جاء غد ، فأنت حر عن كفارة خطيئتي ، ولأنها رقبة تجزي عن كفارة غيره ، فجاز أن تجزي عن كفارته ، كسائر العبيد . لا يلزم من استولد جارية غيره أنها تجزى عن كفارة غيره ولا تجزي عنه لأنها تجزي إذا قال لمولاها : اعتقها عن كفارتي على ألف [٥] ، فأعتقها ، ولأن كل رقبة تجزي عن كفارته إذا لم يكن بينه وبينه رحم تجزي ، وإن كان بينهما رحم كالأخ ، وعكسه المقطوع اليدين [٦] .

٢٤٤٩٦ - احتج المخالف : بقوله تعالى : ﴿ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ﴾ [٧] .

٢٤٤٩٧ - قالوا : والتحرير فعل يتعدى : حرره يحرره ، وهذا عتق عليه ، ولم يحرره ، وهذا عتق [٨] .

٢٤٤٩٨ - والجواب : أنه إذا اشتراه بشرط الخيار ، فأعتقه بإعتاقه عندنا ، فهو محرر ، وظاهر الآية يقتضي جوازه [٩] . وعندهم لا يجوز [١٠] . ولأنه دلالة عليهم من هذا الوجه ، لأن العتق الواقع بالسبب تجويز شرعي ، وإعتاق بدلالة قوله ﷺ : « لا يجزى والد والده إلا أن يجده مملوكًا فيشتريه فيعتقه » [١١] ، أي فيعتق عليه ، فسمى ذلك إعتاقًا ، لأنه فعل سبب الإعتاق ، وهو الشراء [١٢] ، وهذا كقولك : أطعمته

= اللفظ مروي عن رسول الله ﷺ المذكور تخريجه . انظر : شرح فتح القدير (٢٤٧/٤) .

(١) قاعدة : السبب فعل الله تعالى .

(٢ ، ٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) أي : معلق السبب بالكفارة التي تلزمه بالظهار .

(٥) أي : عدم الجواز عن كفارة نفسه بإعتاق نفسه .

(٦) انظر : المبسوط للسرخسي (٢/٧) .

(٧) النساء : ٩٢ .

(٨) انظر : كشاف القناع عن متن الإقناع (٣٨١/٥) .

(٩) انظر : المبسوط للسرخسي (٨/٧) .

(١٠) انظر : كشاف القناع عن متن الإقناع (٣٨١/٥) .

(١١) أخرجه النسائي في السنن الكبرى بلفظ : « لا يجزي ولد والدًا » إلا أن يجده فيشتريه فيعتقه من ملك ذا رحم محرم » ، انظر : تحقيق دكتور عبد الغفار سليمان البنداري وسيد كسروي حسن : (١٧٣/٣ ، ٤٨٩٦) . ط دار الكتب لعلمية بيروت .

(١٢) انظر : سبل السلام شرح بلوغ المرام (١٥٠١/٤) .

فأشبعته ، وسقيته فأرويته ، وضربته فأوجعته . معناه أنه سبب ذلك ، وإن لم يستأنف فعلًا . ويخالف ذلك دعوته وكسوته ، وإذا كان هذا العتق يسمى في الشرع إعتاقًا ، دخل تحت الآية (١) .

٢٤٤٩٩ - فإن قيل : الآية تضمنت الإيقاع ، وهي حقيقة ، فإذا حملوها على الوقوع جاز ، فلا يحمل اللفظ عليهما (٢) .

٢٤٥٠٠ - قلنا : المجاز ما عدل إليه عن الحقيقة ، وأهل اللغة لم تستعمل الوقوع من غير إيقاع (٣) ، ولا نعرفه إيقاعًا ، وإنما هو اسم اقتصر الشريعة مبتدأ .

٢٤٥٠١ - ولا يقال إنه مجاز ، وإنما يقال : إنه شرعي .

٢٤٥٠٢ - قالوا : عتق يقع عقيب معنى سبب سابق ، فوجب أن لا يعدل به عن سببه في محله بنية التكفير ، كما لو قال : إن دخلت الدار فأنت حر ، فدخل الدار ينوى به عن كفارته (٤) .

٢٤٥٠٣ - قلنا : لم يعدل عندنا بالعتق عن سببه أنه يقع بالسبب عن الكفارة ، وهذا كالطلاق للعتق الذي ينتج عن الكفارة ، فإن قارنته النية ، فلم يعدل به ، لكن تعلق به الجواز لانضمام نية الكفارة ، فلم يجز عنها . وسبب الحرية من جهته وجد نية الكفارة مقترنة به ، فلهذا جاز عنها (٥) .

٢٤٥٠٤ - قالوا : عتق يقع عقيب تلك الحرية لسبب ، فوجب أن لا يجزي عن الكفارة . أصله : إذا ورث (٦) .

---

(١) انظر : المبسوط للسرخسي (٨/٧) ، حاشية ابن عابدين (٤٧٤/٣) .

(٢) انظر : المبسوط للسرخسي (٨/٧) ، المهذب (١٤٩/٢) .

(٣) سقط في (م) .

(٤) انظر : المبسوط للسرخسي (٨/٧) ، شرح فتح القدير للهمام (١٠٠/٤) ، المهذب (١٤٩/٢) ، مغني المحتاج (٣٦١/٣) . وقال ابن الهمام : « إنه إذا دخل في ملكه بصنع منه ، إن نوى عند صنعه أن يكون عتقه عن الكفارة أجزأه وإلا فلا . ولو قال : إن دخلت الدار فأنت حر نوى كون العتق وقت دخوله له عن الكفارة لا يجوز ، ولو نوي وقت اليمين جاز » .

(٥) إنما يقع العتق بسبب القرابة ، ويكون مجازاة له إذا قصد ذلك ، فأما إذا قصد به الكفارة كان هذا في حقه إعتاقا عن الكفارة . انظر : المبسوط للسرخسي (٨/٧) .

(٦) عتق الأقارب عن الكفارة يقاس في عدم جوازه على الإرث ، فيما إذا ورث بنية الكفارة . انظر : مغني المحتاج (٣٦١/٣) ، روضة الطالبين (٢٨٧/٨) .

٢٤٥٠٥ - قلنا : المعنى فيه أن سبب الحرية ليس بصنيع له ؛ فلم يجز عن الكفارة ، وفي مسألتنا وجد سبب الحرية من جهته مقترنًا بنية الكفارة ، فجاز أن يكون فيه ما يجزي / عن الكفارة كالإيقاع يبين الفرق بينهما أن من اشترى نصف أبيه ضمن لشريكه . ولو ورثه لم يضمن [١] .

٧٦

٢٤٥٠٦ - قالوا : سبب يقع به التكفير ؛ فلا يصح وضعه في والده كالإطعام [٢] .

٢٤٥٠٧ - قلنا : الرق يتلف على ملك المعتق ، فأما أن يضعه في المعتق فلا ، ولهذا المعنى يجوز وضع العتق في عبده ، ولو وضع الإطعام فيه لم يصح .

٢٤٥٠٨ - فإن قيل : إنهما أجازا صرف العتق إلى عبده ، لأنه يعتق ، فيكمل العتق ، وقد خرج من أن يكون عبده ، وفي مسألتنا يقع العتق ، ولا تزول الأبوة ، فيكون مصروفًا إلى نية [عتق أبيه] [٣] .

٢٤٥٠٩ - قلنا : ليس المعتبر بكمال التصرف ، بل المعتبر بابتداء التصرف [٤] ، ألا ترى أنه لو تصدق على غنى ، فلم يتم القبض حتى افتقر لا يجزي عن الكفارة [٥] ، ثم المعنى في الإطعام أن التمليك معتبر فيه ، وملك الأب قد أجرى مجرى ملكه ، فكأنه لم يخرج الإطعام عن ملكه إخراجًا صحيحًا ؛ فلم يجز . فأما العتق ، فالمستحق إتلافه على ملكه ، ولهذا يستحق الولاء ، وهذا المعنى موجود في أبيه والأجنبي على وجه واحد [٦] .

٢٤٥١٠ - قالوا : اجتمع أمران : السبب الموجب للعتق والتكفير ، ولا يجوز أن يقع عنهما ، وكان وقوعه عن السبب أولى ؛ لأن سببه مقدم ، ولأنه لا يفتقر إلى أبيه ، ولأنه

---

(١) أي : عند المخالف أن الحرية تزول بسبب الكفارة ، أما عند أبي حنيفة وأصحابه : أن سبب الحرية بالقرابة لا يزول وإنما وجد مقترنًا بنية الكفارة فيجوز ، بخلاف الإرث فإنه لا يجوز الاقتران بنية الكفارة كما إذا ورث أباه ينوي به الكفارة ، فلا يجزئ . انظر : المبسوط للسرخسي (٧/٩)

(٢) انظر : المبسوط للسرخسي (٧/٨) ، المهذب (٢/١٤٩) . أي أن سبب الحرية موجود مع التكفير ، إلا أنه لا يجوز الإشراك مع والده . مثل الإطعام في النفقة .

(٣) أي : إذا أعتق العبد خرج من ملكه ، بخلاف ما إذا كان عبده أباه ، فإن إعتاقه عن الكفارة لا يزيل الأبوة ، أي سبب الأبوة لأن الذي يحقق تصرف نيته . انظر : المبسوط للسرخسي : (٧/٨) .

(٤) قاعدة : « ليس المعتبر بكمال التصرف بل المعتبر بابتداء التصرف » .

(٥) أي : إن الاعتبار الملك للعبد ، سواء كان أباه أو غيره ؛ لأن من لا ملك له لا يجوز التصرف عن الكفارة فيه . كما أن الشيء الذي لم يتأد قبضه لا يجوز عتقه عن الكفارة .

(٦) انظر : المبسوط للسرخسي (٧/٩) .

لا يقف على فعله (١) .

٢٤٥١١ - قلنا : العتق الذي اقتضاه السبب هو الذي يقع عن الكفارة ، لأنه لا يفتقر إلى إيقاع ، فكيف نسلم أنه لا يقع عنهما ؟ وما المانع من ذلك ؟ والمقصود بالعتق القربة ، وعتق الأب أدخل في القربة ، فهو أولى بالجواز (٢) .

٢٤٥١٢ - قالوا : لم يقع في عتق أبيه كماله في الطعام (٣) .

٢٤٥١٣ - قلنا : يبطل بعتق أخيه وعمه ، فإن لم يقع في ذلك الخلاف ، ويجزي عن الكفارة بإجماع (٤) .

٢٤٥١٤ - قالوا : عتق مستحق بسبب سابق للنية ، فلا يجوز صرفه إلى الكفارة . أصله : عتق أم الولد ، وإذا قال : إذا فعلت أنا كذا . فأنت حر (٥) .

٢٤٥١٥ - قلنا : استحقاق العتق غير مسلم ؛ لأنه إن قال بثبوت الاستحقاق قبل الملك لم يصح ، لأنه لا يجب على الإنسان عتق أبيه ، وإن قال : أنت حر ، يستحق بعد الملك ، لأن العتق يتعقب الملك ، فليس هنا من (٦) حالة لسبق الملك فيها ، حتى يقال : يستحق عليه العتق فيها (٧) ، والمعنى في أم الولد أنها لا تجزي عن [كفارة غيره فلم تجز] (٨) عن كفارته . أو نقول : رقها ناقص بدلالة نقصان التصرف فيها على وجه لا يرتفع . والمعنى في العتق المعلق بالشرط أن سبب العتق من جهته لم يقارنه نية الكفارة ، والسبب هو اليمين ، بدلالة أن لفظ الحرية وجد فيها ، ونية الكفارة لم تقارن ذلك السبب في مسألتنا ، وسبب الحرية هو الملك ، بدلالة أن الضمان يجب على المشترى لبعض النصيب (٩) .

---

(١) انظر : مغني المحتاج (٣٦١/٣) ، المهذب (١٤٩/٢) .

(٢) انظر : المبسوط للسرخسي (٩/٧) .

(٣) أي : إذا وقع العتق عن أبيه فأدى عن الكفارة بالإطعام .

(٤) الرد على هذا الاستدلال : يبطل القول بأن وقوع العتاق عن الأبوة في كفارة الظهار بما إذا عتق أخاه أو عمه ، فإنه يقع هذا العتاق عن الكفارة ، ولم يترتب لزومها بالإطعام ، وهذا يجوز بالإجماع وإذا كان كذلك جاز في الأب بينهم بجامع النسب الموجود بينهم .

(٥) انظر : المبسوط للسرخسي (٨/٧) قال السرخسي : « إن أم هذا الولد استحقت حق العتق عند دخولها في ملكه وذلك مانع إعتاقها عن الكفارة » .

(٦) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٧) انظر : المبسوط للسرخسي (٩/٧) .

(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) وفي صلب (ص) استدرك في الهامش

(٩) انظر : المبسوط للسرخسي (٩/٧) ، شرح فتح القدير (١٠٠/٤) .

٢٤٥١٦ – فإن قيل : رق الأب ناقص كأم الولد [١] .

٢٤٥١٧ – قلنا : هذا النقصان إن قلتم أنه قبل ملك الأب لم يصح ؛ لأن الرق لو نقص في ملك البائع منع الفعل إلى المشتري ، ولا يجوز أن ينقص بعد ملكه ، لأن نقصان الملك لا ينشأ بعد حصول الملك ، فليس بعد سبب الكفارة تمليك [٢] ، كما لو قال لعبد غيره : إن ملكتك فأنت حر ، ثم اشتري له ينوى به كفارة اليمين [٣]

قال : هناك السبب الموجب للحرية من جهة اليمين ، لأن لفظ الحرية واحد فيها ، وذلك السبب لم يقترن بنية الكفارة ، وفي مسألتنا سبب الحرية من جهته هو الملك ، وقد اقترن به نية الكفارة .

٢٤٥١٨ – فإن قيل : لو كان الملك إعتاقًا كان يجب إذا أكرهه على ابتياع أبيه ، فابتاعه يضمن كما لو أكرهه على إعتاقه ، إلا أن الضمان لا يجب . ولأن العتق وجب عن أمر وجب عليه ، فهو كالمظاهر إذا أكرهه مكره على عتق رقبة عن ظهاره لم يضمن [٤] .

* * *

(١) قال صاحب شرح فتح القدير : « الرق الناقص هو إنشاء عتق من لا يكون عبدًا من كل وجه كالمدبر وأم الولد ، والرق الكامل هو الذي أنشأ العتق من كل وجه » . انظر : شرح فتح القدير (٩٧/٤) .

(٢) والمراد به : أي إذا كان المراد بالنقص قبل الملك لا يصح الإعتاق عن الكفارة ، أما إذا أراد به بعد الملك فإن الإعتاق عن الكفارة يجوز لأن نقصان الإنشاء مع كامل الإنشاء لا يختلف بعد الملك ، فيجوز إنشاؤه بعد الملك عن الكفارة .

(٣) لا يصح عن الظهار هنا ؛ لأن تعليق الأول قد صح علي وجه لا يملك إبطاله ولا تغييره ، وإنما يحال بالعتق عند الشراء عليه ، لأنه ترجح بالسبق ولم تقترن به نية الكفارة . انظر : المبسوط للسرخسي (١٠/٧) .

(٤) أما أن الضمان في الإعتاق لا يجوز ؛ لأن العتق وجب علي أمر وجب عليه كالإكراه في كفارة الظهار ، فلا يجوز الضمان فيه . كذلك في ابتياع أبيه لأنه ملك لإعتاقه فأكرهه في الابتياع ، فإذا أكره فلابد من الضمان ، وهذا معارض لأن الضمان في الإعتاق لا يجوز عن الكفارة . ذهب الإمام الشافعي وهو ما يقتضيه القياس عند الحنفية إلى أن من اشترى ذا رحم محرم فيه بنية التكفير لا يصح ، حيث يفارق شراء ذي رحم شراء غيره ، بدليل أنه لو اشترى عبدًا بقصد الكفارة ثم أمسكه ولم يعتقه صح ذلك ويقاس عليه حكم الكفارة ، ولا يستحق ذلك في ذي الرحم المحرم ، حيث إنه بمجرد الشراء يصبح حرًا ، لدخوله في ملك المشتري .

مسألة ١١٩٣

حكم عتق الرقبة المشتركة

٢٤٥١٩ - قال أبو حنيفة : إذا أعتق أحد الشريكين نصيبه من العبد عن كفارته ، ثم ملك النصف الآخر بالضمان ، فأعتقه على كفارته لم يجزئ (١) .

٢٤٥٢٠ - وقال الشافعي : إذا أعتق نصيبه ، ونوى عند الإيقاع أن يكون نصيبه الموقع ، وما سرى عن كفارته أجزأه (٢) ، وهذه مبنية على تبعيض الحرية (٣) ، فلما أعتق نصيبه عتق ، ونقص نصيب شريكه لاستحقاق الحرية ومنع التصرف فيه بالبيع والتمليك ، وذلك النقص لم ينصرف إلى الكفارة ؛ لأنه في غير ملكه ، فلم يجز عتقه عن الكفارة مع نقصانه (٤) . وليس هذا كما لو كان العبد كله له ، فأعتق نصفه ، ثم أعتق الباقي ؛ لأن عتق النصف أوجب نقصانًا في الباقي ، وينصرف ذلك النقص إلى الكفارة ؛ لأنه على ملكه ، فأعتق فكأنه (٥) عتق (٦) ابتداء نصفه ، وبقى نصفه حرًا ، ثم أعتق الباقي (٧) .

٢٤٥٢١ - وأما الشافعي : فعنده أن العتق لا يتبعض حال النسيان ، فعتق البعض

---

(١) انظر : المبسوط للسرخسي (٧/٧) ، شرح فتح القدير (٩٦/٤) ، البناية على شرح الهداية (٣٤٥/٥) ، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق (٩/٣) ، حاشية ابن عابدين (٤٧٥/٣) ، الاختيار لتعليل المختار (٢٦٤/٣) . وبه قال الإمام مالك وأحمد في رواية . وقال أحمد في كشاف القناع من متن الإقناع : لأنه لم يحصل بالمباشرة بل بالسراية (٣٨٣/٥) ، المدونة الكبرى (٧٢/٣) ، الشرح الصغير (٣٤٥/٢) .

(٢) انظر : الأم للشافعي (٢٨١/٥) ، المهذب (١٤٩/٢) ، روضة الطالبين (٢٨٨/٨) . وبه قال : أبو يوسف ومحمد ، وكذا قال الإمام أحمد في رواية . انظر : المبسوط للسرخسي (٧/٧) ، البناية على شرح الهداية (٣٤٥/٤) ، الاختيار لتعليل المختار (١٦٤/٣) ، كشاف القناع عن متن الإقناع (٦٤٧/٥) ، المغني على المبدع في شرح المقنع (٥٨/٨) .

(٣) أي : وإن أعتق نصف عبده علي كفارته ، ثم جامع التي ظاهر منها أعتق باقيه لم يجز عند أبي حنيفة ، لأن الإعتاق يتجزأ عنده ، وشرط الإعتاق أن يكون قبل المسيس . وعند أبي يوسف ومحمد وكذا عند الشافعي قالوا : إعتاق النصف إعتاق الكل على أصلهما ، لأن الإعتاق لا يتجزأ ، فيحصل الكل قبل المسيس فيجوز . انظر : المبسوط للسرخسي (٧/٧) ، البناية على شرح الهداية (٣٤٧/٥) .

(٤) انظر : البناية على شرح الهداية (٣٤٦/٥) . ط . دار الفكر .

(٥) سقط في (م) .

(٦) في (م) فأعتق وهذا تحريف .

(٧) انظر : المبسوط للسرخسي (٧/٧) ، البناية على شرح الهداية (٣٤٧/٥) ، ط . دار الفكر ، كشاف القناع عن متن الإقناع (٣٨٣/٥) ، المدونة الكبرى (٧٢/٣) ، الشرح الصغير (٦٤٧/٢) .

عتق للجميع ، فيجزي الاعتبار يعتق نصيب المعتق ، ولا ينقص الباقي ؛ لأنه لا يستحق الحرية عنده ، ويجوز تصرفه فيه بالبيع ، فإذا ملكه فأعتقه جاز [١] .

* * *

---

(١) روضة الطالبين وعمدة المفتين (٣٨٣/٨) . وقال في الروضة : « سواء وجه العتق إلى جملته أو إلى نصيبه فقط لحصول العتق بالسراية » .

حكم عتق نصف رقبة

٢٤٥٢٢ - قال أصحابنا : إذا أعتق نصف رقبتين لم يجزه عن الكفارة (1) .

٢٤٥٢٣ - واختلف أصحاب الشافعي ، فمنهم من قال مثل قولنا .

ومنهم من قال : يجزيه إن كان نصف الرقبة حرًا ، ولا يجزيه إن بقى رقيقًا ، وهل يجوز نصفا (2) شاة [في الزكاة عن شاة ؟ فيه وجهان ، ويجوز نصفا شاة] (3) عن الأضحية (4) .

٢٤٥٢٤ - لنا : قوله تعالى : ﴿ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّاۚ ﴾ (5) ، ومن أعتق نصف رقبتين لم يعتق رقبة ، ولأنه لم يعتبر العتق في شخص واحد ، فصار كمن أعتق نصفى مكاتبين ، ولأنه أحد ما يقع به التكفير ، فإذا صرف ما شرع صرفه إلى شخصين لم يجز ، كمن دفع طعام مسكين إلى فقيرين (6) .

٢٤٥٢٥ - احتجوا : بأنه أحد ما يقع به التكفير فجاز فيه التفريق كالإطعام (7) .

٢٤٥٢٦ - قلنا : الإطعام شرع تفريقه في أشخاص ، وما عتق رقبة واحدة ، فهو كالقدر الذي يدفعه إلى مسكين واحد ، فلا يجوز تفريقه على أشخاص (8) .

* * *

---

(١) انظر : المبسوط للسرخسي (٧/١٠) ، شرح فتح القدير (١٠٤/٤) .

(٢) في (ن) : [نصفي] .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، وأثبتناه من (ص) .

(٤) انظر : مغني المحتاج (٣٦٢/٣) ، المهذب : (١٤٩/٢) ، روضة الطالبين وعمدة المفتين (٢٩٩/٨) . ووافقه الإمام أحمد على قوله الراجح ، وقال : « لأن الأشقاص بمنزلة الأشخاص فيما لا يمنع منه العيب اليسير » . والمغني لابن قدامة (٣٨٩/٧) ، كشاف القناع عن متن الإقناع (٣٨٣/٥) .

(٥) سورة المجادلة : الآية ٣ .

(٦) انظر : المبسوط للسرخسي (١٠/٧) .

(٧) انظر : المغني لابن قدامة (٣٨٩/٧) .

(٨) انظر : المبسوط للسرخسي (١٠/٧) . أي الإطعام يخالف العتاق من حيث إن الإطعام شرع توزيعه علي أشخاص متعددة ، أما العتاق ؛ فإنه كالقدر الذي شرع تفريقه إلى شخص واحد ، فلا يجوز عتق نصف رقبتين عن كفارة .

العتق غير المباشر للكفارة

٢٤٥٢٧ – قال أبو حنيفة ومحمد : إذا قال المكفر لرجل : أعتق عبدك عن كفارتى ، وقع العتق على المأمور والولاء له [١] ، ولا يجزئ الآخر عن الكفارة [٢] .

٢٤٥٢٨ – وقال أبو يوسف : يقع العتق عن الأمر بالقيمة [٣] .

٢٤٥٢٩ – وقال الشافعي : يقع العتق عن الأمر بغير عوض [٤] . واختلف أصحابه متى يقع الملك ؟ فمنهم من قال : يقع الملك بمجرد الاستدعاء ، ويقع العتق بالإعتاق بعد حصول الملك [٥] ، ومنهم من قال : يقع الملك بالشروع ، في لفظ الإعتاق والآخر بإكمال الإعتاق [٦] .

٢٤٥٣٠ – وقال المروزي [٧] : يقع العتق والملك معًا بلفظ واحد [٨] .

٢٤٥٣١ – وقال الإسفراييني [٩] : الأشبه بقول الشافعي أن الملك يقع عقيب فراغه

---

(١) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٢ ، ٣) انظر : المبسوط للسرخسي (١١/٧) ، شرح القدير (١٠٥/٤) .

(٤) انظر : مغني المحتاج (٣٦٣/٣) ، المهذب (١١٦/٢) ، روضة الطالبين (٢٩٢/٨ ، ٢٩٣) ، وبه قال الإمام مالك وأحمد . وقال أحمد في الكشاف : « صح العتق عن المعتق عنه وله ولاؤه وأجزاه عن كفارة ، لأن المأمور كالوكيل عنه » (٣٨٢/٥) . شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل (٣٩٤/٢) ، ومواهب الجليل لشرح مختصر خليل (١٢٦/٤) ، كشاف القناع عن متن الإقناع (٣٨٢/٥) .

(٥) انظر : روضة الطالبين (٢٩٥/٨) .

(٦) انظر : المهذب (١١٦/٢) ، روضة الطالبين (٢٩٥/٨) .

(٧) المروزي هو إبراهيم بن أحمد المروزي ، أخذ الفقه عن ابن شريح وانتهت إليه رئاسة العلم ببغداد ، ثم انتقل في آخر عمره إلى مصر ، وجلس في مجلس الشافعي ، قال العبادي : خرج من مجلسه إلى البلاد سبعون إمامًا من أصحاب الشافعي من مصنفاته أنه شرح المختصر شرحا مبسوطًا ، توفي سنة ٣٤٠ هـ ودفن قريبًا من الشافعي انظر : طبقات الشيرازي ١٢ ، طبقات العبادي (٦٦ ، ٦٨) ، طبقات الإسنوي (١٩٧/٢ ، ١٩٨) ، وفيات الأعيان (٢٦/١ ، ٢٧) .

(٨) انظر : المهذب (١١٦/٢) ، روضة الطالبين (٢٩٥/٨) .

(٩) الإسفراييني هو : أحمد بن محمد بن أحمد الإسفراييني أبو حامد شيخ طريقة العراق حافظ المذهب الشافعي وإمامه ولد سنة ٣٤٤ هـ وقدم بغداد شابًا حيث على ابن المرزبان والداركي . ثم انتهت إليه بها رئاسة الدين والدنيا . توفي سنة ٤٠٦ هـ ودفن في داره ، له ترجمة في البداية والنهاية : (٢١/١٢) النجوم الزاهرة (٢٣٣/٤) . تاريخ بغداد (٣٦٩/٤) .

من لفظ العتق ، ثم يتعقب العتق الملك ، فيكون قوله بعتقه عنك تصرف المعتق ، لكنه يتضمن التمليك ، فالملك يقع بتضمينه ومقتضاه ، والعتق بنفس اللفظ (١) .

٢٤٥٣٢ - لنا : أن العتق لا يقع إلا بعد التمليك بغير عتق منه ، فهذا رجل استوهب وأمر بالعتق قبل القبض ، [والمستوهب إذا أعتق قبل القبض لم ينفذ عتقه ، كذلك إذا أمر بالعتق] (٢) لم يقع العتق عنه ، وليس كذلك إذا قال : اعتقه عني بألف ، لأنه مشتري ، والمشتري إذا أعتق قبل القبض جاز ، فكذلك إذا أمره بالعتق بل القبض يقع ، ولهذا لو كان العبد في يد الآخر ، فقال : اعتقه عني جاز ، لأن التمليك موجود مع العوض (٣) .

٢٤٥٣٣ - احتجوا : [بأن العتق قبض ، بدلالة أن المشتري إذا أعتق العبد صار قابضًا ، فقام العتق مقام القبض والإعتاق] (٤) .

٢٤٥٣٤ - الجواب : أنه إنما يكون العتق قبضًا إذا صادف الملك ، والعتق هنا لم يصادف ملك المستوهب ، فلم يصر قبضًا ، كما أن من عليه الدين لا يعتبر قابضًا للدين من نفسه بفعله (٥) .

٢٤٥٣٥ - فإن قيل : من أصلكم أن البيع الفاسد لا يملك إلا بالقبض ، فلو قال : اعتق عبدك عني على رطل خمر فأعتقه ، وقع العتق عن الأمر ، كذلك الهبة (٦) .

٢٤٥٣٦ - قلنا : هذه المسألة مذكورة في كتاب الإكراه (٧) ، ومن أصحابنا من قال : إنها على هذا إطلاق أيضًا ، وأن العتق يقع عن أمر على قول أبو يوسف خاصة ، ومن أصحابنا من قال : إن العتق على مال ، وإن كان فاسدًا ، فالعتق عن الأمر لا يقف

---

(١) انظر : المهذب ١١٦/٢ ، روضة الطالبين وعمدة المفتيين ٢٩٥/٨ .

(٢) من بين المعكوفتين ساقطة من (م) ، (ع) .

(٣) انظر : المبسوط للسرخسي (١١/٧) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط في (ع) . وانظر : المبسوط للسرخسي (١١/٧) ، روضة الطالبين وعمدة المفتيين (٢٩٥/٨) .

(٥) انظر : المبسوط للسرخسي (١١/٧) .

(٦) انظر : مغني المحتاج (٣٦٢/٣) ، روضة الطالبين وعمدة المفتيين (٢٩٥/٨) .

(٧) الإكراه : هو حمل الغير علي أمر يفعله قهرًا عنه دون أن يرضاه ، والكره بضم الكاف : المشقة ، وبفتحها : الإكراه ، وقيل لغتان بمعنى واحد . انظر : لسان العرب مادة « كره » ، المصباح المنير مادة « كره » : ٥٣١ ، ٥٣٢ .

على القبض ، وهذا عتق على مال ، فلذلك وقع قبل القبض ، وإن كان فاسدًا [١] .

٢٤٥٣٧ – قالوا : العتق يقع به التكفير كالإطعام ، فلو قال : أطعم عني عشرة مساكين ، ولم يذكر العوض ؛ وقع ذلك عن الآمر [٢] كذلك العتق [٣] .

٢٤٥٣٨ – قلنا : إذا أمره بالإطعام ؛ فقد استوهب الطعام أو اقترضه ، وأذن له في دفع ذلك إلى المساكين مقام قبضه ، ومتى وجدت الهبة والقبض صح التمليك ، فيجزي عن الكفارة [٤] .

٢٤٥٣٩ – فإن قيل : إذا قال أعتق عني بألف ، وقال : أعتقه عنك ، قام القول مقام قوله : ملكتك ، ومقام الإعتاق ، كذلك يقوم مقام التمليك والقبض [٥] .

٢٤٥٤٠ – قلنا : إذا التمس الآمر العتق على مال لم يفتقر ذلك إلى القبول عندنا ، لأنه إذا قال : أعتق عبدك عني بألف فقال : قد أعتقته ، أو قال : قد فعلت ، اكتفي بذلك . ولا يفتقر إلى قبول حتى يكون العتق قام مقام ذلك ، والقبض بفعله ، فلا يقوم إعتاقه مقامه .

* * *

---

(١) انظر : المبسوط للسرخسي (١١/٧) .

(٢) انظر : المبسوط للسرخسي (١١/٧) ، شرح فتح القدير (١٠٥/٤) .

(٣) أي : يقاس الأمر بالعتق علي الأمر بالإطعام ، فيجوز عند المخالف . انظر : المبسوط للسرخسي : (١١/٧) .

(٤) انظر : المبسوط للسرخسي (١٢/٧) ، شرح فتح القدير (١٠٥/٤) . وقال الهمام : « لأنه استقراض معنى ، والفقير قابض له أولًا ثم لنفسه ، فتحقق تملكه ثم تمليكه » .

(٥) على الرغم من عدم وجود القبول ، إلا أن العبد معتق ، ويصح عتقه على قول من قال بذلك . انظر : روضة الطالبين (٢٩٢/٨) .

حكم التكفير في الأجناس المختلفة

٢٧١/أ ٢٤٥٤١ - قال أصحابنا : إذا كان عليه كفارات من أجناس ؛ لم يجزه / التكفير إلا بنية معينة . وإن كانت من جنس واحد جازت بنية التكفير استحسانًا [(١)] .

٢٤٥٤٢ - وقال الشافعي : إذا نوى الكفارة فيهما جاز ، وسقط عنه إحدى الكفارات [(٢)] .

٢٤٥٤٣ - لنا : أنهما عبادتان اختلف جنسهما ، فإذا وجبت النية لهما وجب التعيين ، كالصوم والصلاة والنذر والزكاة [(٣)] .

٢٤٥٤٤ - فإن قيل : لا تأثير لقولكم من جنسين [(٤)] ، لأن الصلاة وإن كان جنسها واحدًا ، ففيه التعيين معتبر ، لأن الجنس الواحد قد يسقط فيه التعيين ، كقضاء أيام رمضان لوصف مؤثر من هذا الوجه [(٥)] ، ولأن إحدى العبادتين لها بدل واحد ، والأخرى لها بدلان [(٦)] ، فاستحق فيها نية التعيين كهذه النية وجزاء الصيد ، ولأن التكفير مقصود والجهة مقصودة ، فإذا وجب أن يعين أحدهما للتميز من غيره وجب الآخر [(٧)] .

---

(١) انظر : المبسوط للسرخسي (١٠/٧) ، شرح فتح القدير (١١٠/٤) ، الهداية (٣٠٢/٢) ، حاشية ابن عابدين (٤٨١/٢) ، الاختيار لتعليل المختار (١٦٦/٣) . وبه قال مالك ورواية عن أحمد . الشرح الصغير (١١/٣) . المغني لابن قدامة (٣٨٨/٧) ، كشاف القناع من متن الإقناع (٣٨٩/٥) ، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل (١٢٧/٤) .

(٢) انظر : الأم للشافعي (٢٨٢/٥) ، مغني المحتاج (٣٥٩/٣) ، المهذب (١٥١/٢) ، روضة الطالبين (٢٧٩/٨) . وبه قال رواية ثانية عن أحمد . المغني لابن قدامة (٣٨٨/٧) .

(٣) انظر : المبسوط للسرخسي (١٠/٧) ، شرح فتح القدير (١١٠/٤) .

(٤) كالظهار واليمين مثلًا ؛ فإنهما جنسان .

(٥) ، وقال صاحب مغني المحتاج : « وإنما لم يشترط تعيينها في النية كالصلاة ؛ لأنها في معظم خصالها نازعة إلي الحرمات فاكتفي فيها بأصل النية » . انظر : مغني المحتاج (٣٥٩/٣) .

(٦) تختلف العبادة المحضة عن العبادة غير المحضة . والعبادة المحضة : كالوضوء والصلاة ، وغير المحضة : كغسل النجاسة .

(٧) لأن التكفير يقصد عن الظهار ، أو النذر ، أو القتل ، أو غيرها ، فإذا وجب أحدها في التعيين بالكفارة ، فيترتب المقصود من الكفارة . انظر : مغني المحتاج (٣٥٩/٣) .

٢٤٥٤٥ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ﴾ (١) .

٢٤٥٤٦ - قلنا : الظاهر يقتضي جواز التحريم عن القتل بنفس الفعل ، وهذا لا يكون إلا فيمن عليه كفارة ، فأما من عليه كفارات ؛ فيحتاج إلى التحرير ثم التعيين ، وهذا لا يدل الظاهر عليه ، [وقوله ﷺ] (٢) : « الأعمال بالنيات » مشترك الدليل ، لأنه لم ينو كفارة الظهار ، ولم يقع عتقه عنها ، ولم ينوها (٣) .

٢٤٥٤٧ - قالوا : كفارة واجبة ، فلا يفتقر جوازها إلى التعيين ليبينها . أصله : إذا كانت عليه كفارة واحدة ، أو كان عليه كفارات من جنس واحد (٤) .

٢٤٥٤٨ - قلنا : المعتبر السبب الذي يحتاج إلى التمييز ، فإذا كانت الكفارة واحدة فقد تميزت ، وإذا نوى الكفارة فقد ميزها من غيرها ، فتعينت (٥) . وإذا كان عليه (٦) كفارتان من ظهار وقتل فنوى التكفير لم تتميز إحداهما عن الأخرى ، فلم تجز ، كما لو أعتق لا ينوى التكفير لم يجزه ذلك عن الكفارة (٧) ، لأن إطلاق العتق لا يتميز عن الفاعل ، وأما إذا كانت من جنس واحد ، فلأن حكم الجنس في نية التمييز يخالف الجنسين ، بدلالة أن قضاء أيام من رمضان لا يجب فيها نية التعيين ، وقضاء رمضان وصوم النية يفتقر إلى تعيين النية لاختلاف جنسها (٨) .

٢٤٥٤٩ - فإن قيل : الصلاة لا يختلف فيها الجنس والجنسان في اعتبار تعيين النية (٩) .

٢٤٥٥٠ - قلنا : هذا دليل عليكم ؛ لأن تعيين النية إذا وجب في الظهرين وهما

---

(١) سورة المجادلة : الآية ٣ .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، .

(٣) انظر : شرح فتح القدير (١١٠/٤) .

(٤) أي : إذا كانت عليه كفارة واحدة لا يجب عليه التعيين ، وكذا إذا كانت عليه كفارات ؛ فإنه لا يجب عليه التعيين ، انظر : روضة الطالبين وعمدة المفتين (٢٧٩/٨) .

(٥) اختلاف السبب يدل علي اختلاف الحكم ؛ لأن الحكم ملزوم السبب ، واختلاف اللوازم يدل على اختلاف الملزومات ، انظر : شرح فتح القدير (١١٠/٤) .

(٦) سقط في (م) .

(٧) أي : لم تتميز الكفارة عن القتل أو الظهار ؛ فوجب تعيين الكفارة ، ولم تكف نية التكفير فقط .

(٨) انظر : المبسوط للسرخسي (١٠/٧) ، شرح فتح القدير (١١٠/٤) .

(٩) انظر : مغني المحتاج (٢٥٩/٣) وقال صاحب مغني المحتاج : « لم يشترط تعيينها في النية كالصلاة ؛ لأنها في معظم خصالها نازعة إلي المحرمات ، فاكتفي فيها بأصل النية » .

جنس واحد ، فوجوبه في مسألتنا في الجنسين أولى (١) .

٢٤٥٥١ - قالوا : كفارات تجزى نية الكفارة الثانية منهما بتعيينه ، فلا تحتاج إلى التمييز عن غيرها في الكفارات ، وإنما تحتاج أن تتميز من غير الكفارات (٢) فإذا نوى الكفارة تميزت ، فأما الأول : فيحتاج إلى التمييز من الثانية ، فلم يكن تمييزها منها بالنية (٣) .

٢٤٥٥٢ - فإن قيل : هذا موجود في الكفارتين من جنس واحد (٤) .

٢٤٥٥٣ - قلنا : الموجب غير مختلف كقضاء أيام رمضان ؛ فلا يحتاج إلى التمييز (٥) .

٢٤٥٥٤ - فإن قيل : إذا كان عليه صلاة ظهر ، فصلى الظهر ؛ فلا بد من التعيين ، وإن اتفق الموجب (٦) .

٢٤٥٥٥ - قلنا : لا يحتاج إلى أكثر من صلاة الظهر ، فسقط بها إحدى الصلاتين ، ثم سقط الأخرى ، اللَّهم إلا أن يكون الترتيب بينهما واجبًا ، فلا بد من تقديم الأولى بالنية لأصل الترتيب (٧) .

٢٤٥٥٦ - قالوا : عبادة من شرطها النية فكانت نيتها عند انفرادها ، وعند اجتماعها مع غيرها سواء . أصله : الصلاتان (٨) .

٢٤٥٥٧ - قلنا : إذ انفردت ؛ فقد تعينت ؛ وإذا اجتمعت مع غيرها ، فقد أشبهت . ونية التمييز معتبرة فيما يشتبه غير متعذرة فيما لا يشتبه ، فلم يجز اعتبار أحد الموضعين بالآخر (٩) .

* * *

---

(١) دليل علي المعترض في وجوب تعيين النية ، سواء كان في كفارتين من جنس واحد ، أو من جنسين مختلفين ، فلابد من التعيين . انظر : شرح فتح القدير : (١١٠/٤) .

(٢) أي : أن الكفارات لا تحتاج إلى تعيين النية ، ما دام ينوي كفارة فيكون جائزًا له إلى غيرها من الكفارات ، إلا أنه لابد من التمييز فيما كان عليه كفارات وغيرها .

(٣) انظر : روضة الطالبين وعمدة المفتيين (٢٨٠/٨) .

(٤) إذا نوى كفارة فيجوز فيه .

(٥) انظر : المبسوط للسرخسي (١٠/٧) .

(٦) أي : أن صلاة الظهر لابد من تعيين النية في حالة اتفاق الموجب ، مع أن الواجب لا يختلف ، فلا يحتاج إلى النية .

(٧) الجواب على ذلك : أن التعيين في تلك الحالة مقيد إلى سقوط الواجب منه ولا تترتب النية إلى الأخرى .

(٨) أي أن التعيين واجب عند من كان عليه صلاتان ، وعند الانفراد كذلك ؛ لأن الصلاة عبادة فتحتاج إلى النية سواء كانت انفرادًا أو اجتماعًا .

(٩) انظر : المبسوط للسرخسي (١٠/٧) .

مسألة ١١٩٧

عتق العبد الأعور

٢٤٥٥٨ - قال أصحابنا : يجزئ في الكفارة عتق مقطوع إحدى اليدين وإحدى الرجلين [١] من خلاف [٢] .

٢٤٥٥٩ - وقال الشافعي : لا يجوز مقطوع الإبهام ، ولا مقطوع أنملة من إبهام ، ولا يجوز مقطوع أنملة واحدة [٣] من السبابة والوسطى ، [ولا يجوز مقطوع المفصلين عنهما ، ويجوز مقطوع الخنصر والبنصر] [٤] ولا يجوز مقطوع الوسطى والسبابة أو الإبهام [٥] .

٢٤٥٦٠ - لنا : قوله تعالى : ﴿ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ﴾ [٦] ولم يفصل [٧] ، ولأن منفعة الجنس باقية ، فصارت كالمقطوع الخنصر . ولا يلزم مقطوع الإبهامين ، لأن منفعة الجنس تبطل . ولا يلزم مقطوع اليد والرجل من جانب واحد ، لأنه لا يقدر على البطش ، ولأنه قادر على المشي والتصرف والكسب ، كالمقطوع الخنصر والأعور [٨] .

٢٤٥٦١ - فإن قيل : ذاك لا يضر بالعمل ضررًا بينًا [٩] .

---

(١) ساقط في (م) .

(٢) انظر : المبسوط للسرخسي (٢/٧) ، شرح فتح القدير (٩٦/٤ ، ٩٧) ، الهداية (٢٩٧/٣) ، حاشية ابن عابدين (٤٧٣/٣ ، ٤٧٤) ، الاختيار لتعليل المختار (١٦٤/٣) .

(٣) ساقط من (م) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، .

(٥) انظر : الأم للشافعي (٢٦٩/٥) ، مغني المحتاج (٣٦٠/٣) ، المهذب (١٤٧/٢) ، روضة الطالبين وعمدة المفتين (٢٨٤/٨) ، كفاية الأخيار (٢ ، ٤٨٦) . وبه قال الإمام مالك وأحمد. بداية المجتهد (٨٤/٢) ، المغني لابن قدامة (٣٦٠/٧) ، كشاف القناع عن متن الإقناع (٣٧٩/٥) ، الشرح الصغير (١١/٣) ، إلا أن الإمام أحمد يخالف الإمام الشافعي في الخنصر أو البنصر المقطوعين من يد واحدة ؛ لأن نفع اليد يزول بذلك . المغني (٣٦٠/٧) .

(٦) سورة المجادلة : الآية ٣ .

(٧) انظر : المبسوط للسرخسي (٢/٧) .

(٨) انظر : المبسوط للسرخسي (٢/٧) ، شرح فتح القدير (٩٦/٤ ، ٩٧) . وقال السرخسي : « ومقطوع أحد الرجلين يجزئ ؛ لأن منفعة المشي لا تفوت ، وكذلك مقطوع اليد والرجل من خلاف ، لأنه يتمكن من المشي بالعصا ، ومنفعة البطش باقية أيضًا فلم تكن مستهلكة » . (٢/٧) .

(٩) انظر : الأم للشافعي (٢٦٩/٥) ، المهذب (١٧٤/٢) .

٢٤٥٦٢ - قلنا : المعتبر فيها منفعة الجنس دون إمكان العمل ، بدلالة أنه يجوز عتق من لا عمل له ولا تصرف ، وعتق الناقص العمل [١] .

٢٤٥٦٣ - احتجوا : بأنه نقص يضر بالعمل ضررًا بينًا ؛ فصار كالمقطوع اليدين ، أو اليد والرجل من جانب واحد [٢] .

٢٤٥٦٤ - والجواب : أن هناك عدمت منفعة الجنس ، فصار عدمها كعدم الحياة ، وفي مسألتنا منفعة الجنس باقية ، وإذا حدث بها نقص كان كما لو قطع إصبعٌ واحدة أو أنملةٌ من السبابة [٣] .

* * *

(١) انظر : شرح فتح القدير (٩٧/٤) .

(٢) انظر : الأم للشافعي (٢٨٢/٥) ، المهذب (١٤٧/٢) ، كفاية الأخبار (٤٨٦/٢) .

(٣) قال الإمام السرخسي : « وكذلك إن كان من كل يد ثلاثة أصابع مقطوعة لم يجز ، لفوات منفعة البطش ، وقطع أكثر الأصابع في هذا كقطع جميعها ، وإن كان المقطوع من كل يد أصبعًا أو أصبعين سوى الإبهام يجزئ ؛ لأن منفعة البطش باقية ، وإن كان مقطوع الإبهام من كل يد فمنفعة البطش فائتة فلهذا لا يجزئ » . انظر : المبسوط للسرخسي (٢/٧ ، ٥) .

مسألة ١١٩٨

عتق العبد المحتاج للخدمة

٢٤٥٦٥ – قال أصحابنا : إذا كان له عبد يحتاج لخدمته لزمه عتقه في الكفارة ، ولم يجز الصيام [١] .

٢٤٥٦٦ – وقال الشافعي : إن كان زمنًا أو مريضًا ، أو لم تجر له عادة بخدمة نفسه ، جاز له الصوم [٢] .

٢٤٥٦٧ – لنا : قوله تعالى : ﴿ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ ﴾ [٣] ، فأمر بالانتقال إلى الصوم بشرط أن لا يجد رقبة ، وهذا واجد [٤] .

٢٤٥٦٨ – فإن قيل : الحاجة إذا استغرقت الشيء فليس بواجد له ، بدلالة قوله تعالى : ﴿ فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا ﴾ [٥] ، ثم ثبت أن من معه ما يحتاج إليه فليس بواجد للماء [٦] .

٢٤٥٦٩ – قلنا : ظاهر الآية يمنع من جواز التيمم [٧] مع وجود الماء ، وإن احتاج لولا قيام الدلالة ، ولأنه واجد لما يقع به التكفير فلا يجوز الانتقال عنه إلى الصوم [٨] .

---

(١) انظر : المبسوط للسرخسي (١٣/٧) ، شرح فتح القدير (١٠١/٤) ، حاشية ابن عابدين (٤٧٥/٣) . وبه قال الإمام مالك . الشرح الصغير (١٢/٣) ، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل (١٢٧/٤) .

(٢) انظر : الأم للشافعي (٢٧٠/٥) ، مغني المحتاج (٣٦٤/٣) ، روضة الطالبين (٢٩٦/٨) . وبه قال الإمام أحمد . المغني لابن قدامة (٣٦٣/٧) ، كشاف القناع عن متن الإقناع (٣٨٣/٥) . وقال في المغني : « إن ما استغرقته حاجة الإنسان فهو كالمعدوم في جواز الانتقال إلى البدل ، كمن وجد ماء يحتاج إليه للعطش ، يجوز له الانتقال إلى التيمم » . (٣٦٣/٧) .

(٣) سورة المجادلة : الآية ٤ .

(٤) انظر : المبسوط للسرخسي (١٢/٧ ، ١٣) .

(٥) النساء : ٤٣ ، المائدة : ٦ . في النسخ ﴿ فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً ﴾ وهذا غلط وربما من النساخ .

(٦) انظر : المغني لابن قدامة (٣٦٣/٧) .

(٧) التيمم لغة : القصد . وشرعًا : قصد صعيد مطهر واستعماله بصفة مخصوصة لإقامة القربة . انظر : المصباح المنير ٦٨١ ، اللباب (٢٧/٢) .

(٨) أي : أن ظاهر الآية يدل على عدم جواز التيمم مع وجود الماء في حالة الحاجة إليه ، ويجوز التيمم ، وكذلك التكفير ، فلا يجوز الانتقال إلى الصوم ؛ لأنه عنده ما يتأدى به إلى التفكير ، وذلك كما لو كان له خادم ، بخلاف ما لو كان له مسكن فقط ، فإنه عليه الانتقال إلى الصوم . انظر : المبسوط للسرخسي (١٣/٧) ، شرح فتح القدير (١٠٨/٤) .

٢٤٥٧٠ - أصله : إذا كان عبدًا لا يحتاج إليه أو لا تستغرقه الحاجة ، بأن تكون قيمته ألفًا وهو مقدر أن يشترى بقيمته عبدين يستخدم أحدهما ، ويكفر بالآخر (١) ، ولا يلزم إذا كان معه طعام في كفارة اليمين وهو يحتاج إليه . ولأنه لا يجوز أن ينتقل إلى الصوم حتى يطعمه أهله ، ولأنه مالك رقبة يجوز عتقها عن الكفارة ؛ فلم يجز له الصوم مع وجودها في ملكه إذا كان غير محتاج إليها ، وإذا كان له عبد ، وهو ممن جرت عادته باستخدام جمع (٢) .

٢٤٥٧١ - احتجوا : بأنه مال استغرقته حاجته ؛ فلم يجز صرفه إلى الكفارة . أصله : سكنه (٣) .

٢٤٥٧٢ - الجواب : أن السكن لو لم يستغرقه لم يلزمه صرفه إلى الكفارة (٤) ؛ لأنه لو كان له أكثر من دار يقدر على بيعها وابتياع مسكن ببعض منها لم يلزمه بيعها للعتق بفضلها ، كذلك لا يلزمه بجميعها ، والعبد إذا لم تستغرقه الحاجة لم يجز الصوم مع وجوده ، كذلك إذا استغرقته الحاجة (٥) .

٢٤٥٧٣ - قالوا : ما لا يفضل عن كفايته [على الدوام لم يعتبر صرفه إلى الكفارة . أصله : سكنه .

٢٤٥٧٤ - قلنا : اعتبار الفضل عن كفايته] (٦) في المسكن لا تأثير له ؛ لأن قيمة المسكن لو زادت على كفايته لم يعتق بها (٧) .

٢٤٥٧٥ - فإن قالوا : إذا فضل المسكن عن كفايته وجب عليه التكفير بالعتق لم يصح ، لأن عند الشافعي من له بضاعة عظيمة ربحها لم يفضل عن كفايته يجوز له

---

(١) استغراق الحاجة في المسكين لا استغرق الحاجة في الخادم ؛ لأن المنصوص عين عليه ، فلا معتبر بالمعنى فيه ، بخلاف التيمم ، فإن المعنى معتبر فيه . انظر : المبسوط للسرخسي (١٣/٧) .

(٢) انظر : المبسوط للسرخسي (١٣/٧) .

(٣) انظر : روضة الطالبين وعمدة المفتيين (٢٩٦/٧) ، المغني لابن قدامة (٣٦٣/٧) .

(٤) انظر : شرح فتح القدير (١٠١/٤) .

(٥) أي : سواء استغرقت الحاجة أو لم تستغرق لا يجوز الانتقال إلى الصوم ، مثل السكن استغرقت الحاجة أو لم تستغرق لا يجوز بيعها للكفارة .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(٧) انظر : روضة الطالبين وعمدة المفتيين (٢٩٦/٨) ، وقال في الروضة : « أو ضمامة المانعة من خدمة نفسه فهو كالمعدوم » .

الصوم (١) ، [ولا يلزمه العتق من بضاعته ، ونحن نعلم أن بيع فضل المنزل أحق في التكفير من بضاعته] (٢) ، لأن في الثاني يجوز أن يحتاج ويجوز أن لا يحتاج .

٢٤٥٧٦ - قالوا : البدل يجوز الانتقال إلى بلده لعدمه ، فجاز الانتقال إلى بلده للحاجة إليه كالماء في الطهارة (٣) .

٢٤٥٧٧ - قلنا : لو خاف العطش في الثاني جاز الانتقال عنه ، فإذا عطش في الحال مثله ، وفي الرقبة إذا كان المكفر صحيحًا لا يحتاج إلى خدمة عبده ، وخاف الضرر والزمانة (٤) لم يجز (٥) له الانتقال إلى الصوم ، كذلك إذا وجدت الحاجة في الحال . وإنما كان كذلك . لأن خدمة العبد ليست حاجة ظاهرة (٦) ، ألا ترى أن أكثر الناس لا يحتاجون إلى العبيد ، وإنما يخدمون أنفسهم ويستخدمون الأحرار ، فصارت الحاجة إلى خدمة العبد كالحاجة إلى النفقة (٧) . من ذلك المتعة وإطعام الطعام . ومعلوم أن من معه ثمن رقبة فاضلًا عن نفقته ونفقة عياله بقدر نفقة الاقتصاد . إلا أنه إذا كان ممن اعتاد الزيادة على نفقة الاقتصاد وجب عليه الإعتاق ، وإن كان محتاجًا إلى ما في يده على عادته . كذلك إذا كان ممن يعتاد خدمة العبيد يجب عليه عتق العبد ، لأنه يفضل عن حاجة الاقتصاد (٨) .

٢٤٥٧٨ - فإن قيل : فقولوا في فاضل المسكن والكسوة مثله (٩) .

٢٤٥٧٩ - قلنا : ذلك لا يقع التكفير به (١٠) ، والعبد نفس يقع التكفير به ، وقد فرقت الأصول بين الأمرين (١١) بدلالة أن الواجد للماء إذا عرض عليه الماء بالثمن الكثير

---

(١) انظر : روضة الطالبين (٢٩٦/٨) . (٢) سقط في (م) .

(٣) أي أن المسكن يجوز أن نعتبره من الحاجات ، ويجوز أن نعتبره فاضلا عنها ، لجواز الانتقال إلى غيره سواء كان لعدمه أو للحاجة كالانتقال . انظر : الحاوي للماوردي (٤٨٩/١٠) .

(٤) أي : إذا عطش في وقت مقبل لا يجوز الانتقال عنه ومأمور بإمساكه ، وإذا عطش في الحال لا يجوز أيضًا ، كذلك في الرقبة لا يجوز الانتقال إلى غيره سواء لحاجة المقبلة أو الحال .

(٥) في (ن) لم يجزي . (٦) أي أساسية .

(٧) يقاس الحاجة إلى الخادم على الحاجة إلى النفقة حيث يتيسر الحصول عليها . انظر : شرح فتح القدير (١٠١/٤) .

(٨) قياس وجوب إعتاق الرقبة المحتاج إليها لخدمة نفسه على من كان معه فاضل نفقته ونفقة عياله من حيث وجوب إعتاق الرقبة لمن له الفضل ، كذلك لمن له العبد لخدمة نفسه وجب عتقه .

(٩) في (ن) : [المسكن والكسوة] . انظر : روضة الطالبين (٢٩٦/٨) ، المغني لابن قدامة (٣٦٣/٧) .

(١٠) انظر : شرح فتح القدير (١٠١/٤) . (١١) الكسوة أو المسكن أو العبد .

لم يلزمه فرضه ، وجاز له الانتقال إلى القيمة ، ولو كان معه ما يقدر أن يبيعه بثمن كثير لم يجز له التيمم والانتفاع بثمن الماء لأنه واجد لنفسه ما فرض عليه . كذلك الرقبة التي يحتاج إليها والكسوة كذا هذا [١] .

٢٤٥٨٠ – فإن قيل : قد قلتم أن من معه ثمن الرقبة وهو محتاج إليه لم يجز له الصوم ، وإن كان لا يقدر على نفس ما يكفر به [٢] .

٢٤٥٨١ – قلنا : هذا لا يلزمنا ، لأنا لم نقل أن كل من وجد ما لا يقع به التكفير ، ويتوصل به إلى التكفير لا يلزمه ، / وإنما قلنا وجود نفس ما يكفر به يفارق وجود ما يتوصل به إليه ، وهذا لا يمنع اتفاقهما [٣] ، ألا ترى أن من له مسكن وكسوة لا يلزمه بيعه ليحج به ، ولو لم يكن له مسكن ومعه دراهم وهو محتاج إلى مسكن لم يجز له ترك الحج في مسألتنا .

١/ب

* * *

---

(١) إذا تعذر الحصول على الماء بأن يكون بثمن كثير يجوز له التيمم ، أما إذا تيسر له الحصول ولو كان بثمن كثير لا يجوز له التيمم لأنه وجد ثمنه . انظر : شرح فتح القدير (١٠١/٤) ، المبسوط للسرخسي (١٣/٧) ، كذلك الرقبة التي استعملها كخادم لنفسه والكسوة التي ملكها .

(٢) انظر : مغني المحتاج (٣٦٤/٣) .

(٣) في كونه يملك العبد ويجب عليه التكفير به ، وكذلك قالوا لو كان معه مسكن وكسوة لا يجوز بيعه ليحج بثمنها بخلاف ، فلو كان معه ثمن فإنه يجب عليه الحج بذلك الثمن ولو كان محتاجًا إلى المسكن من هذا الثمن . انظر : المبسوط للسرخسي (١٣/٧) .

مسألة ١١٩٩

حكم التتابع في كفارة الظهار

٢٤٥٨٢ - قال أصحابنا : إذا أفطر في خلال الصوم المتتابع (١) لمرض أو سفر ، استأنف (٢) .

٢٤٥٨٣ - وقال الشافعي : في قوله الجديد مثله (٣) .

٢٤٥٨٤ - وقال في القديم : إذا أفطر لمرض لم يستأنف . وإن أفطر لسفر فعلى قوله القديم يبني المريض ، وفي المسافر قولان . والحامل والمرضع إذا أفطرتا خوفًا على أنفسهما كالمريضة . وإن أفطرتا خوفًا على الولد اختلف أصحابه على طريقين ، فمنهم من قال على قولين [ومنهم من قال يستأنف قولًا واحدًا ، وإذا أكره حتى أكل بنفسه فهل يفطر ؟ فيه] (٤) قولان ، على القول الذي يقول يفطر (٥) قال :

(١) التتابع : أي الموالاة بين صيام أيامها ، فلا يفطر فيها ، ولا يصوم غير الكفارة ، ولا يفتقر التتابع إلى النية ، ويكفى فعله لأنه شرط ، وشرائط العبادات لا تحتاج إلى نية ، وإنما تجب النية لأفعالها ، وهذا أحد الوجوه لأصحاب الشافعي . والوجه الآخر : أنها واجبة لكل ليلة ؛ لأن ضم العبادة إلى العبادة إذا كان شرطًا وجبت النية فيه ، كالجمع بين الصلاتين . والثالث : يكفى بنية التتابع في الليلة الأولى . انظر : المغني لابن قدامة (٣٦٥/٧) ، مغني المحتاج (٣٦٥/٣) ، كفاية الأخيار (٤٨٩/٢) . والاختلاف في حكم التتابع في الأيام المنهي عن صومها كالعيدين والتشريق : قال الإمام أبو حنيفة والإمام مالك والإمام الشافعي : « إن التتابع ينقطع بذلك ، لأن الصيام في تلك الأيام منهي عنه . وقال الإمام أحمد : لا ينقطع ، والدليل عليه : أنه زمن منع الشرع من صومه في الكفارة . انظر : المغني لابن قدامة (٣٦٥/٧) ، شرح فتح القدير (١٠١/٤) ، اللباب (٥٣٥/٢) ، تكملة المجموع (٣٧٥/١٦) ، الشرح الصغير (١٢/٣ ، ١٣) ، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل (١٢٧/٤) . والاختلاف فيما إذا جامع في أثناء الشهرين : قال مالك وأبو حنيفة ورواية عن أحمد : يستأنف الصيام ، وقال الشافعي وأحمد في رواية : لا يستأنف ولكن يبني عليه . انظر : شرح فتح القدير (١٠٣/٤) ، بداية المجتهد (٨٣/٢) ، المهذب (١٤٩/٢) ، المغني لابن قدامة (٢٩٧/٧ ، ٢٨٩) .

(٢) انظر : المبسوط للسرخسي (١٢/٧) ، شرح فتح القدير (١٠٢/٤ ، ١٠٣) ، العناية مع شرح الهداية (/٤) ، حاشية ابن عابدين (٤٧٧/٣) ، الهداية (٣٠٠/٢) ، اللباب (٥٣٥/٢) .

(٣) وقال به أيضًا الإمام الشافعي في قوله الجديد . انظر : الأم للشافعي (٢٧٠/٥) ، المهذب (١٤٩/٢ ، ١٥٠) ، مغني المحتاج (٣٦٥/٣) ، تكملة المجموع (٣٧٥/١٦) ، روضة الطالبين (٣٠٢/٧) ، كفاية الأخيار (٤٨٩/٣) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، .

(٥) كذا في جميع النسخ وأضفته إلى العبارة حتى يستقيم المعنى .

يستأنف (١) .

٢٤٥٨٥ – لنا : قوله ﴿ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ ﴾ (٢) ولم يأت بالشهرين على هذه الصفة (٣) ، ولأنه ترك صوم التكفير في خلال الشهرين على وجه يخلو الزمان منه عادة ؛ فصار كما لو أفطر من غير عذر ، وكما لو تخللها يوم النحر .

٢٤٥٨٦ – ولا يلزم أيام الحيض ؛ لأن الشهر لا يخلو من أيام الحيض في العادة (٤) .

٢٤٥٨٧ – فإن قيل : هناك ترك التتابع بتفريط منه ، وفي مسألتنا بغير تفريط منه .

٢٤٥٨٨ – قلنا : لو اجتهد الأسير فبدأ بالصوم في ذي القعدة وعنده أنه شوال ، لقطع التتابع يوم الفطر ، وإن لم يوجد منه تفريط (٥) ، وكذلك إذا أكره فأفطر على القول الذي يقول يفطر ، ولأنه تخلل الصوم لا يمكن أن لا يتخلل الشهر في العادة ، فإذًا منع الصوم [من التكفير من البناء ؛ كيوم] (٦) النحر (٧) .

٢٤٥٨٩ – احتجوا : بأنه فرق صوم الشهرين بما لا يثبت فيه التفريط ، فلم يمنع البناء ، أصله : الفطر بالحيض (٨) .

---

(١) انظر : المهذب (١٤٩/٢ ، ١٥٠) ، مغني المحتاج (٣٦٥/٣) ، تكملة المجموع (٣٧٥/١٦) ، روضة الطالبين (٣٠٣/٨) ، كفاية الأخيار (٤٨٩/٣) ، وبه قال الإمام مالك وأحمد . انظر : المغني لابن قدامة (٣٦٥/٧ ، ٣٦٦) ، كشاف القناع عن متن الإقناع (٣٨٤/٥) ، واستدل الإمام على ذلك بأنه أفطر بسبب لا صنع له فيه ، كالحيض ، واستدل في الحامل والمرضع بأنه خطر أبيح لعذر من غير جهتها . أشبه المرض . انظر : الكشاف (٣٨٤/٥) .

(٢) سورة المجادلة : الآية ٤ .

(٣) أي : إذا أفطر لسفر أو لمرض لم يأت بالشهرين الواجبين بالنص من التتابع .

(٤) انظر : المبسوط للسرخسي (١٣/٧) ، شرح فتح القدير (١٠٣/٤ ، ١٠٣) ، اللباب (٥٣٥/٢) ، حاشية ابن عابدين (٤٧٧/٣) .

(٥) أي : أنه ظاهر من امرأته في شهر شوال ، وقام بكفارته في شهر ذي القعدة ؛ فإن التتابع من صيامه لا يتحقق من فطر عيد النحر أو أيام التشريق ، والصوم في هذه الأيام منهي فلا يتحقق التتابع فيه ، وهذا قول الإمام أبي حنيفة ، وبه قال الإمام الشافعي : إن التتابع يبطل بأيام التشريق والعيدين . وقال الإمام مالك مثل ما قاله الإمامان ، بينما قال الإمام أحمد : إن التتابع لا ينقطع ، لأنه زمن منع الشرع من صومه في الكفارة . واستدل الإمام أبو حنيفة والشافعي بأنها أيام نهي عن الصيام فيها . انظر : شرح فتح القدير (١٠١/٤) ، اللباب (٥٣٥/٢) ، تكملة المجموع (٣٧٥/١٦) ، كشاف القناع عن متن الإقناع (٣٨٤/٥) ، الشرح الصغير (١٣/٣ ، ١٤) .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(٧) انظر : المبسوط للسرخسي (١٣/٧) ، اللباب (٥٣٥/٣) ، المهذب (١٤٩/٣) .

(٨) انظر : المهذب (١٤٩/٣) ، مغني المحتاج (٣٩٥/٣) .

٢٤٥٩٠ – الجواب : إنه إذا بنى النية بالليل فقد فرق الصوم بما لا ينسب معه إلى التفريط . ولا يجوز البناء . والمعنى في الحيض : أن صوم الشهرين لا يخلو منه في العادة ، فإذا كانت من ذوات الحيض ، فصار كزمان الليل والمرض ، يجوز الصوم من الحيض بأن النية من الليل (١) .

٢٤٥٩١ – فإن قيل : يجوز أن يخلو الصوم من الحيض ، بأن تحبل أو تيأس من الحيض .

٢٤٥٩٢ – قلنا : إذا كانت من ذوات وطء حاصل منه الصوم من غير حيض ، وجواز أن تحمل لا يجوز أن لا يوجد ذلك ، والمعتبر بصفة المتعبد في حال وجود الأداء دون ما بعدها (٢) .

٢٤٥٩٣ – قالوا : لم يضر ، إذا كلفناه الاستئناف بعد القطع لم يأمن مثل ذلك في القضاء (٣) .

٢٤٥٩٤ – قلنا : بأنه الغالب ؛ لأن العادة أن الإنسان لا يكثر المرض عليه كل شهرين على الدوام ، على أنه لا يأمن المرض ، ويأمن الفطر ؛ لأن المريض قد يتحمل المشقة ولا يفطر ، ويبطل هذا بترك النية باللسان والصوم (٤) .

* * *

---

(١) أي : إذا نوى الصيام بالليل فإنه قد نوى بما يبعد وما لا يرجى ما يؤدي إلى إفراط ، فإذا تورط في الإفراط ، فلا يجوز له أن يبني ما نوى به بالليل ، بل يجب عليه الاستئناف به ؛ لأنه متعسر عادة ، إذا لا يجد شهرين متتابعين لا حيض فيهما فلا يجب الاستئناف والمرض ليس من العادة . انظر : شرح فتح القدير (١٠٣/٤) .

(٢) رد على ما قاله بالاحتجاج بالحيض ، وقال : بأن هناك شهرين متتابعين لا حيض فيهما وذلك فيمن يئس منه ، فيكون دليلكم من القياس باطل ، إذا كان كذلك ؛ فلأن الاعتبار وقت الأداء ، فيجوز له أن يبني ولا يستأنف . انظر : المغني لابن قدامة (٢٦٦/٧) ، روضة الطالبين (٢٠٢/٨) .

(٣) إن سلمنا أن عليه الاستئناف إلا أن المرض قد يتكرر ويصيب المكفر بعد استئنافه ، ولم يأمن الناس عن ذلك ، وإذا كان ذلك فلا يجوز .

(٤) لعله قد استدل لهذا المذهب بالعادة أن الإنسان لا يتكرر عليه المرض في كل شهرين على الدوام ، أو أنه قد يصيبه المرض إلا أنه قادر على أن يحتمل مشقة المر ض ولا يفطر ، فإذا أفطر به استأنف الصوم .

مسألة ١٢٠٠

اعتبار الكفارة بين الأداء أو الوجوب

٢٤٥٩٥ – قال أصحابنا : المعتبر في الكفارات بحال الأداء ، وإن كان موسرًا عند الوجوب معسرًا عند الأداء فكفارته العتق [١] .

٢٤٥٩٦ – وقال الشافعي في كتاب الظهار : المعتبر حال الأداء [٢] ، وقال في كتاب الأيمان : المعتبر حال الوجوب [٣] فإذا كان موسرًا ثم أعسر ؛ فكفارته العتق ، وهو في ذمته حتى يعتق ، فإن كان وقت الوجوب معسرًا ثم أيسر ؛ فهو مخير : إن شاء صام ، وإن شاء أعتق [٤] .

٢٤٥٩٧ – وخرج أصحابه قولًا ثالثًا ، فقالوا : يعتبر أحد الحالين [٥] .

---

(١) انظر : شرح فتح القدير (١٠١/٤) ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق (١١٥/٤) ، حاشية ابن عابدين (٤٧٥/٣) .

(٢) الاعتبار حال الأداء ؛ لأنها عبادة لها بدل من غير جنسها ، فاعتبر فيها حال الأداء . انظر : المهذب (١٤٧/٢) ، روضة الطالبين (٢٨٩/٨ ، ٢٩٩) .

(٣) الاعتبار حال الوجوب ؛ لأنه حق يجب على وجه التطهير . انظر : المهذب (١٤٧/٢) ، روضة الطالبين (٢٩٨/٨ ، ٢٩٩) .

(٤) انظر : مغني المحتاج (٢٦٥/٣) ، المهذب (١٤٧/٢) ، روضة الطالبين (٢٩٨/٨) ، كفاية الأخيار (٤٨٨/٢) ، وبه قال مالك وأحمد . انظر : شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل (٢٤٤/٢) ، كشاف القناع عن متن الإقناع (٢٧٦/٥) ، وقال في شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل (٢٤٤/٢) : « وقت الأداء – أي فعل الكفارة ، ووقت الوجوب – أي وقت العود » . قال أحمد : الاعتبار في الكفارات بوقت الوجوب ، وقال : « لأنها تجب على وجه الطهرة ؛ فكان الاعتبار بحال الوجوب كالحد » ، ثم قال : « فإن وجبت الكفارة وهو موسر بها ثم أعسر لم يجزئه إلا العتق ؛ لأنه هو الذي وجب عليه ، فلا يخرج من العهدة إلا به ، وإن وجبت وهو معسر ثم أيسر لم يلزمه العتق » . انظر: الكشاف (٣٧٦/٥) .

(٥) انظر : مغني المحتاج (٢٦٥/٣) ، المهذب (١٤٧/٢) ، روضة الطالبين (٢٩٨/٨) ، كفاية الأخيار (٤٨٨/٢) . وقال صاحب المهذب : « وإن اختلف حاله من حين وجبت الكفارة إلى حين الأداء ففيه ثلاثة أقوال ، أحدها : أن يعتبر حال الأداء ؛ لأنها عبادة لها بدل من غير جنسها فاعتبر فيها حال الأداء كالوضوء . والثاني : يعتبر حال الوجوب ؛ لأنه حق يجب على وجه التطهير فاعتبر فيها حال الوجوب كالحد . والثالث : يعتبر أغلظ الأحوال من حين الوجوب إلى حين الأداء ، فأي وقت قدر على العتق لزمه ، لأنه حق يجب في الذمة لوجود المال ، فاعتبر فيه أغلظ الأحوال كالحج » (١٤٧/٢) .

٢٤٥٩٨ – لنا : قوله تعالى : ﴿ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا ذَٰلِكُمْ تُوعَظُونَ بِهِۦ وَٱللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ ۝ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ ﴾ (١) ، فإيجاب (٢) الله تعالى الصوم لمن لا يجد الرقبة ، وهذا واجد ، فلا يجوز له الصوم ، كمن كان واجدًا من قبل الوجوب من وجد رقبة ، فهذه رقبة يجوز [عتقها عن] (٣) الكفارة ؛ فلم يجز الصوم مع وجودها . أصله : إذا وجدها حال الوجوب ، ولأنها عبادة لها بدل ، فاعتبر في جواز الانتقال بصفة المكلف حال الأداء ، كالوضوء والعدة [بالشهور] (٤) مع العدة بالحيض (٥) .

٢٤٥٩٩ – احتجوا : بأن ما وجب باسم الكفارة فالمعتبر فيه حال الوجوب كالحدود (٦) .

٢٤٦٠٠ – الجواب : إن إطلاق اسم الكفارة لا يتناول الحدود ، بدلالة أنه إذا قيل : على فلان كفارة لم يفهم منه الحد (٧) .

٢٤٦٠١ – فإن قالوا : النبي ﷺ قال : « الحدود كفارات لأهلها » (٨) .

٢٤٦٠٢ – قلنا : فالعلة على هذا تبطل بالصلاة ؛ لأن النبي ﷺ قال : « الجمعة إلى الجمعة كفارة لما بينهما » (٩) ، والمعتبر في صفة الصلاة بحال الأداء ؛ لأن المريض عند

---

(١) سورة المجادلة : الآيتان ٣ ، ٤ .

(٢) في (ص) : [إيجاز] ، وهو خطأ .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، وأثبتناه من (ص) .

(٤) في (ن) : [بالشهوة] . انظر : البحر الرائق شرح كنز الدقائق (١١٤/٤ ، ١١٥) ، حاشية ابن عابدين (٥٨/٢) ، شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل (٢٤٤/٢) .

(٥) والمعنى : أنه يجوز الانتقال حال الأداء من وقت الوجوب بناء على قدرته في حال الأداء ، فيقاس على الوضوء ، ويرجع إلى وجود الماء للوضوء ، وعند عدمه عند الأداء ينتقل إلى التيمم ، وكذلك يقاس على العدة بالشهور فيما إذا تحقق لها الدم في أثناء العدة فانتقل بالحيض لا بالشهور بناء على حال الأداء .

(٦) انظر : المذهب (١٤٧/٢) ، روضة الطالبين (٢٩٨/٨ ، ٢٩٩) ، مغني المحتاج (٣٦٥/٣) ، واحتج بأن ما وجب عليه وقت الوجوب لا وقت الأداء ، فما وجب عليه إعتاق العبد حال الوجوب أي وقت العود ، وكما لو زنا قن ثم عتق فإنه يحد حد القن . انظر : نهاية المحتاج (٩٩/٧) .

(٧) الجواب أي أن إطلاق اسم الكفارة لا يفهم منه أن الكفارة التي توجب عليه حد ، وإنما يفهم الحد منه بعد تسمية الكفارة نفسها . أي أن إطلاق اسم كفارة الظهار لا يتناول الحدود ؛ لأن الظهار ليس من الحدود وإنما يفهم ذلك بالقياس .

(٨) أخرجه الطبراني في المعجم الكبير (٤٦٠/١٠) ، وأورده العجلوني في كشف الخفاء (٤١٧/١) .

(٩) أخرجه أحمد في مسنده (٢٩٩/٢) ، وابن ماجه في سننه ، كتاب الصلاة حديث رقم ١٠٨٦ ، وابن حجر في المطالب العالية ٥٨٤ .

الوجوب إذا صح قضى قائمًا . والصحيح عند الوجوب يقضي إذا مرض قاعدًا ، ولذلك ينتقض بالطهارة ؛ فإن النبي ﷺ سئل عن الكفارات ؟ فقال : « إسباغ الوضوء في المعسرات ، ونقل الأقدام إلى الجمعات » (١) ، ثم المعتبر في الطهارات لم يعتبر فيها بحال الانتقاص ؛ بدلالة أن من وجب عليه الحد فارتد ولحق الدار ثم أسلم لم يستوف الحد منه ، ولو لحق سقط الحد ، وهذا اعتبار بحال الاستفتاء ، ولأن الحدين ليس أحدهما بدلًا عن الآخر ، فلذلك اعتبر بحال الوجوب ، والكفارات لها بدل فيعتبر بحال الأداء كالعدة . يبين ذلك أن العدتين إذا لم يكن أحدهما بدلًا عن الآخر اعتبر بحال الوجوب كالمبتوتة إذا كانت تعتد بالشهور ، فرأت الدم . أو تقول لها اعتبرنا في الحدود بحال الوجوب متى كان الطارئ لتغليظ الحد كالعبد إذا أعتق ، والسكران إذا حُدَّ فلم يغلظ الحد ؛ لأن الحدود تسقط بالشبه ، فأما إذا كان الطارئ مما وجب تحقيقها فإنا نعتبر بحال الاستيفاء ، بدلالة ما ذكرنا في المرتد إذا لحق [بدار الحرب] (٢) ، ومن وجب عليه الحد فحد في إحدى الروايتين .

٢٤٦٠٣ - قالوا : حكم يختلف باليسار والإعسار (٣) ، فاعتبر بحال الوجوب لعلة ضمان العتق لنصيبه من العبد والحج وحمل العاقلة الدية (٤) .

٢٤٦٠٤ - قلنا : يبطل بالطهارة ، فإن من وجد الماء بثمن مثله ، فإن كان له مال ؛ لزمه ابتياعه للوضوء ، وإن لم يكن له مال جاز التيمم . ويعتد ذلك بحال الأداء دون الوجوب . والمعنى فيما ذكرناه : أنها أحكام تجب على الموسر دون المعسر ، فاعتبر بصفة حال الوجوب ، والكفارة تجب على الموسر والمعسر ، وإنما يختلف أداؤها ؛ فكان المعتبر بحال الأداء ، كالوضوء والتيمم والعدة بالشهور والحيض (٥) .

٢٤٦٠٥ - قالوا : إذا كان موسرًا حال الوجوب ، ثبت المال في ذمته ، فلا يسقط باعتباره كالحج (٦) .

٢٤٦٠٦ - قلنا : الثابت في ذمته كفارة دون المال ، وإنما المال شرط في أدائها بصفة ، فاعتبر كمال الأداء كابتياع المال على ما قدمنا .

---

(١) أخرجه ابن الجوزي في العلل المتناهية (١٦/١) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) . (٣) في النسخ : [الاعتبار] وهذا خطأ .

(٤) انظر : الحاوي للماوردي (٤٩٧/١) ، نهاية المحتاج (٩٩/٧) ، روضة الطالبين (٢٩٨/٨) .

(٥) انظر : رد المحتار على الدر المختار (٥٨٠/٢) ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق (١١٤/٣ ، ١١٥) .

(٦) انظر : المهذب (١٤٧/١) ، مغني المحتاج (٣٦٥/٣) ، روضة الطالبين (٢٩٩/٨) .

مسألة ١٢٠١

حكم العتق بعد الشروع في الصوم

٢٤٦٠٧ – قال أصحابنا : إذا شرع في الصوم ثم وجد الرقبة وجب عليه العتق ولم يجزه الصوم (١) .

٢٤٦٠٨ – وقال الشافعي : إن شاء مضى [على صومه] (٢) ، وإن شاء أعتق ، والعتق أفضل (٣) .

٢٤٦٠٩ – لنا : أنه قدر على البدل قبل إسقاط الفرض عنه بالبدل ، فصار كما لو وجد الرقبة قبل الدخول في الصوم . وهذه المسألة لا يتكلم فيها إلا بعد تسليم هذا الأصل ؛ إذ المعتبر في الكفارات بحال الأداء (٤) ، ولأن كل معنى منع صحة صوم اليوم الأول منع صوم يوم الثاني . أصله ترك النية من الليل (٥) . ولأنه بملك رقبة يجوز عتقها

---

(١) انظر : البحر الرائق (١١٥/٤) ، رد المحتار على الدر المختار (٥٨١/٢) ، مجمع الأنهر (٤٥١/١) ، وبه قال الإمام مالك ، وذلك : « لأنه قادر على الإعتاق وقت الأداء بملك ما لا يحتاج إليه » ، كذا في شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل (٣٤٤/٢) ، الشرح الصغير (٤٨٨/٣) ، حكم الصوم عند مذهب الأول تطوعًا . والأفضل إتمامه ، وإن أفطر لا قضاء عليه ؛ لأنه شرع فيه مسقطًا لا ملتزمًا . انظر : البحر الرائق شرح كنز الدقائق (١١٥/٤) ، شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل (٣٤٤/٢) .

(٢) سقط في (م) .

(٣) انظر : الأم للشافعي (٢٨٣/٥) ، المهذب (١١٤/٢) ، روضة الطالبين (٢٩٩/٨) ، تكملة المجموع (٣٧٦/١٦ ، ٣٧٧) .

(٤) سبب الاختلاف : اعتبار اليسار والإعسار في الكفارات وقت الأداء أو وقت الوجوب . من قال بوقت الأداء قال : بوجوب العتق ، والصوم صار تطوعًا ، إن كان وجود اليسر والقدرة على العتق قبل غروب الشمس من أيام الآخرة . ومن قال بوقت الوجوب ، قال : « مضى الصيام ولو أعتق كان أفضل ؛ لأنه الأصل» . انظر : البحر الرائق شرح كنز الدقائق (١١٥/٤) ، تكملة المجموع (٣٧٧/١٦) ، كشاف القناع عن متن الإقناع (٣٧٦/٧) .

(٥) الصوم ضربان : واجب ، ونفل ، والواجب ضربان ، منه ما يتعلق بزمان معين كصوم رمضان والنذر المعين ، فيجوز بنية من الليل وإن لم ينو حتى أصبح أجزأه إلى الزوال ، والدليل على ذلك قوله (: بعد ما شهد الأعرابي برؤية الهلال : « ألا من أكل فلا يأكلن بقية يومه ، ومن لم يأكل فليصم » ، ولأنه يوم صوم فيتوقف الإمساك في أوله على النية المتأخرة المقترنة بأكثره كالنفل . والضرب الثاني : ما ثبت في الذمة كقضاء شهر رمضان والنذر المطلق ، فلا يجوز هذا إلا بنية من الليل ؛ لأنه غير متعين ولابد في التعين من الابتداء ، وأما =

في كفارة ، فوجب عتقها فيها . أصله : إذا وجدها في الابتداء [١] ، ولأن اللَّه تعالى جعل كفارة الظهار على الترتيب ، فلو قلنا : إنه يخير بين الصوم والعتق لكانت على التخيير ، وهذا لا يصح [٢] .

٢٤٦١٠ - واحتجوا [٣] : بقوله تعالى : ﴿ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ ﴾ [٤] .

٢٤٦١١ - الجواب : أن نطق الآية لا دلالة فيه ؛ لأنها تقتضي جواز الدخول في الصوم إذا عدم الرقبة . فإذا وجدها من بعد فلم يخير لها ولا له ، فوقف على الدليل . ومفهومها : أنه لما لم يجعل الصوم بدلًا يجوز عند العجز غيره كانت القدرة مانعة من جوازه [٥] .

٢٤٦١٢ - قالوا : قدر على المبدل بعد الدخول في الصوم ، فصار كمن وجد الهدى في خلال صوم السبعة في التمتع [٦] .

٢٤٦١٣ - قلنا : صوم السبعة ليس بدلًا عن الهدى عندنا ، وإنما البدل عنه صوم الثلاثة ، وقد بينًّا ذلك في المناسك [٧] .

= النفل كله فيجوز بنية قبل الزوال لقوله ﷺ بعد ما كان يصبح غير صائم : « إني صائم » ولأن المشروع خارج رمضان هو النفل ، فيتوقف الإمساك في أول الليل على صيرورته بالنية . انظر : الهداية (١١٨/١ ، ١١٩) ، الاختيار (١٦٥/١ ، ١٦٧) .

(١) انظر : رءوس المسائل للزمخشري ٤٣١ .

(٢) كفارة الظهار على الترتيب : أولًا عتق الرقبة إذا كان قادرًا على ذلك ، فإن لم يقدر صام شهرين متتابعين ، فإن لم يقدر أطعم ستين مسكينًا ، وهذا لا خلاف فيه بين أهل العلم ، واستدلوا على ذلك بقوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا ﴾ إلى قوله تعالى : ﴿ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا فَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا ﴾ . وقال النبي ﷺ لأوس ابن الصامت حين ظاهر من امرأته : « يعتق رقبة » قلت : لا أجد ، قال : « فتصوم » قلت لا أستطيع ، قال : « فلتطعم ستين مسكينًا » . انظر : المغني (٣٥٩/٧) ، المهذب (١١٤/٢) ، بدائع الصنائع (٢١٣٥/٥) وما بعدها ، المبسوط للسرخسي (٢٢٥/٦) .

(٣) انظر : الحاوي الكبير للماوردي (٥١٠/١٠) .

(٤) المجادلة : ٤ .

(٥) إن القدرة على العتق مانعة من جواز الصيام ، وذلك وقت الأداء . انظر : مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر (٤٥١/٢) ، شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل (٣٤٤/٢) .

(٦) وكذا إذا رأى المتيمم الماء في الصلاة . انظر : المهذب (١١٧/٢) ، كشاف القناع عن متن الإقناع (٣٧٦/٥) ، المبدع في شرح المقنع (٤٨/٨) .

(٧) استدل الحنفية على ذلك بقوله تعالى : ﴿ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فِي الْحَجِّ وَسَبْعَةٍ إِذَا رَجَعْتُمْ تِلْكَ عَشَرَةٌ كَامِلَةٌ ﴾ والنص ورد في التمتع . ولأنه أداء بعد انعقاد سببه . انظر : الهداية (١٥٧/١) .

٢٤٦١٤ - فإن قالوا : قدر على المبدل في خلال بدله [١] .

٢٤٦١٥ - قلنا : إن قلتم بدل لم نسلم ذلك ، وإن قلتم مبدل في الجملة ، فوجود مبدل في خلال ما ليس ببدل عنه لا تأثير له . والمعنى في صوم السبعة : أن وجود الهدى لا يمنع الشروع فيه ، فلم يمنع المضي . وفي مسألتنا وجود العتق يمنع الشروع في الصوم فمنع المضي ؛ لأن المقصود بصوم المتعة التحلل عندنا ، وقد حصل ذلك بصوم الثلاثة ، فوجود [الهدي] [٢] بعد حصول المقصود بالبدل كوجود الرقبة في مسألتنا بعد الفراغ من صوم الشهرين .

٢٤٦١٦ - قالوا : وجود الرقبة بعد التلبس بالصوم ، كما لو وجدها بعد الفراغ [٣] .

٢٤٦١٧ - قلنا : تلك الرقبة لا يجوز عتقها عن الكفارة ؛ فلم يجز عتقها . وفي مسألتنا هذه : الرقبة يجوز عتقها عن الكفارة فوجب عتقها عنها .

* * *

---

(١) انظر : تكملة المجموع (٢٩٨/١٦ ، ٢٩٩) .
(٢) سقط في (م) .
(٣) انظر : كشاف القناع عن متن الإقناع (٣٧٦/٥) ، المبدع في شرح المقنع (٤٨/٨) .

مسألة ٢٠٢

مقدار الإطعام في الكفارة

٢٤٦١٨ - قال أصحابنا : الإطعام / في الكفارة يتقدر بنصف صاع [بر] [١] أو صاع شعير أو تمر [٢] .

٢٤٦١٩ - وقال الشافعي : [من مد [٣] بُر كل نوع] [٤] .

٢٤٦٢٠ - لنا : حديث سليمان بن يسار [٥] ، عن سلمة بن صخر [٦] ، أن النبي ﷺ أمره لما ظاهر من امرأته ، قال : « أتملك رقبة » فقال : لا ، فقال : « صم شهرين متتابعين » قال : فكيف ؟ وهل أصبت الذي أصبت إلا من الصيام ؟ قال « فأطعم وسقًا [٧] من تمر ستين مسكينًا » ، قلت والذي بعثك بالحق لقد بتنا وحشين ، ما لنا طعام [قال] [٨] : « فانطلق إلى صدقة بني زريق فلتدفعها إليك ، فأطعم ستين مسكينًا وسقًا من تمر ، وكل أنت وعيالك منها [٩] » ذكره أبو داود [١٠] . وذكر قصة أوس بن

---

(١) الصحيح : [برا] .

(٢) انظر : المبسوط للسرخسي (١٦/٧) ، شرح فتح القدير (١٠٣/٤ ، ١٠٤) .

(٣) المد بضم الميم : مكيال ، وهو رطل وثلث عند أهل الحجاز ، ورطلان عند أهل العراق . انظر : مختار الصحاح ٦٤٣ .

(٤) ربما الصحيح [مد بر من كل نوع] .

(٥) هو سليمان بن يسار الهلالي ، روى عن ميمونة وعائشة وابن عباس وجابر وغيرهم ، وروى عنه : عمرو بن دينار وبكير بن الأشبح وصالح بن كيسان وغيرهم ، قال أبو زرعة : ثقة مأمون مات عام ١٠٧ هـ . انظر : تهذيب التهذيب (٢٢٨/٤) ، الكاشف (٤٠٢/١) ، التاريخ الكبير (٤١/٤) .

(٦) سلمة بن صخر بن حارثة الأنصاري المدني ، هو الذي ظاهر من امرأته ثم وقع عليها ، فأمره رسول الله ﷺ أن يكفر ، وكان أحد البكائين . انظر : الاستيعاب (٦٤١/٢) ، الجرح والتعديل (٧٢٧/٤) ، تقريب التهذيب (٣١٧/١) .

(٧) الوسق ستون صاعًا . انظر : القاموس المحيط (٢٨٩/٣) .

(٨) ساقط من النسخ زدناها ليستقيم المعنى . (٩) انظر : سنن أبي داود (٢٦٥/٢ ، ٢٦٦) .

(١٠) هو سليمان بن الأشعث بن إسحاق الأزدي ، روى عن أحمد بن حنبل ، وموسى بن إسماعيل ، ويحيى بن معين ، وعنه : محمد بن عيسى الترمذي وأحمد بن محمد بن هارون ، وإسماعيل بن محمد الصفار وغيرهم ، قال يحيى بن معين : « ثقة » مات عام (٢٧٥ هـ) . انظر : تهذيب الكمال (٥٣٠/١) ، تذكرة الحفاظ (١٦٨/٢) ، طبقات الحفاظ ٢٦ .

الصامت (١) ، إلى أن قال : « فليطعم ستين مسكينًا » ، قالت خولة : (٢) ما عندي شيء يتصدق به ، قال : « فأتى ساعته بفرق من تمر » قلت : يا رسول الله وأنا أعينه بفرق آخر . قال : « أحسنت ، اذهبي فأطعمي عنه ستين مسكينًا ، وارجعي إلى ابن عمك » قال : والفرق ستون صاعًا (٣) .

وروى أبو داود هذا الخبر من طريق أبي إسحاق (٤) ، قال [فيه] : والفرق مكيل يسع ثلاثين صاعًا (٥) .

وروي من طريق ثالث : والفرق زنبيل يأخذ خمسة عشر صاعًا (٦) ، فإن كان الفرق ستين صاعًا فهو قولنا ، وإن كان ثلاثين ، فقد قالت : وأنا أعينه بفرق آخر (٧) ، أما الخبر الذي ذكر خمسة عشر صاعًا قال أبو داود : هو مرسل (٨) ضعيف (٩) .

٢٤٦٢١ - وإذا اختلفوا في مقدار الفرق ، وجب الرجوع إلى خبر سلمة بن صخر ،

---

(١) أوس بن الصامت الأنصاري الخزرجي شهد بدرًا ، وهو الذي ظاهر من امرأته ، روى عن النبي ﷺ وعنه عطاء ، مات أيام عثمان وله (٨٥ هـ) . انظر : تهذيب التهذيب (٣٣٥/١) ، الثقات لابن حيان (٣٢٧/١) .

(٢) هي : خولة بنت ثعلبة ، روت عن النبي ﷺ ، وفيها أنزل الله ﷻ صدر سورة المجادلة ، وروى عنها : عطاء بن يسار ، ويوسف بن عبد الله بن سلام ، وابن عباس وغيرهم . انظر : أسد الغابة (٩١/٧) ، الاستيعاب (١٨٣١/٤) .

(٣) ساقطة من (ص) ، وأثبتناها من (م) ، (ع) . أخرجه أبو داود في سننه باب في الظهار (٢٦٦/٢) ، وأحمد في المسند (٤١٠/٦ ، ٤١١) .

(٤) هو : محمد بن إسحاق بن يسار المدني روى عن أنس ، وابن المسيب ، والأعرج وغيرهم ، وعنه يحيى بن سعيد ، وإبراهيم بن سعد وشعبة وغيرهم ، قال ابن معين : « ثقة » مات عام (١٥٠ هـ) . انظر : تهذيب التهذيب (٣٤/٩) وما بعدها ، والجرح والتعديل (١٨٧/٧) ، التاريخ الكبير .

(٥) انظر : سنن أبي داود (٢٦٧/٢) .

(٦) في (ص) [خمسة صاعا] ، وهو خطأ .

(٧) سبق تخريجه .

(٨) الحديث المرسل : هو ما رواه التابعي الكبير الذي قد أدرك جماعة من الصحابة وجالسهم كسعيد بن المسيب وأمثاله إذا قال : قال رسول الله ﷺ ، وأما كونه حجة في الدين فخلاف بين العلماء ، فمذهب ابن الصلاح ومن وافقه أنه ساقط الاحتجاج به مع الحكم بضعفه ، خلافًا لأبي حنيفة ومالك ، وللشافعي في مراسيل كبار التابعين ، فهي حجة إن جاءت من وجه آخر ، أو اعتضدت بقول صحابي أو أكثر العلماء . انظر : الباعث الحثيث ٤٦ .

(٩) الضعيف : هو ما لم يجتمع فيه صفات الصحيح ولا الحسن . انظر : الباعث الحثيث٤٢ . وانظر : سنن أبي دارد : . قلت : ما في سنن أبي داود أنه قال : « وعطاء لم يدرك أوسًا ، وهو من أهل بدر قديم الموت ، والحديث مرسل ، وإنما رواه عن الأوزاعي عن عطاء .... » انظر : سنن أبي داود (٢٦٧/٢) .

وذكر فيه الوسق من غير احتمال . وقد ذكر أبو الحسن [(١)] الخبر عن معمر [(٢)] ، عن ابن يوسف بن عبد الله بن سلام [(٣)] ، عن خولة قالت : قال : « فليطعم وسقًا من تمر ستين مسكينًا » ، قلت : يا رسول الله ما عنده ، قال : « فأنا أعينه بفرق من تمر » ، قلت : وأنا سأعينه بفرق آخر . قال : « أحسنت وأصبت » [(٤)] .

٢٤٦٢٢ – فإن قيل : يجوز أن يكون ﷺ أمر سلمة بن صخر بإخراج وسق ، بعضه كان واجبًا وبعضه تطوعًا [(٥)] .

٢٤٦٢٣ – قلنا : كيف يأمره بإخراج التطوع مع فقره وحاجته ، ثم ظاهر الأمر الوجوب [(٦)] ولأن مالا تتقدر به الفطرة ، لا يتقدر به طعام مسكين [(٧)] . والكفارة دون المد ، ولأنها صدقة مقدرة للمسكين ، فكانت نصف صاع من بر ، كالطعام في كفارة الأذى [(٨)] .

---

(١) هو : عبد الله بن الحسين بن دلال الكرخي ، أخذ الفقه عن إسماعيل البردعي ، وعنه : أبو بكر الرازي والتنوخي وغيرهما ، له من المصنفات : المختصر ، وشرح الجامع الصغير وغيرهما ، مات عام (٣٤٠ هـ) . انظر : الجواهر المضية (٤٩٣/٢) ، الفوائد البهية ١٠٨ ، ولعله ذكر هذا الخبر في الجامع الكبير والصغير . انظر : كشف الظنون (٥٧٠/١) .

(٢) هو معمر بن عبد الله بن حنظلة الحجازي ، روى عن يوسف بن عبد الله بن سلام ، وعنه محمد بن إسحاق بن يسار ، ذكره ابن حبان في الثقات ، وقال القطان : مجهول الحال وتبعه الذهبي . انظر : تهذيب التهذيب (٢٢٠/١٠) ، الثقات (٣١١/٦) .

(٣) هو يوسف بن عبد الله بن سالم الحارثي ، روى عن النبي (وعثمان وخولة بنت ثعلبة وغيرهم ، وعنه : معمر بن عبد الله ، وعوف بن عشية ، ومحمد بن يحيى وغيرهم ، توفي في خلافة عمر بن عبد العزيز . انظر : تهذيب التهذيب (٣٦٥/١١) ، الجرح والتعديل (٣٥١/٦) .

(٤) انظر : أسد الغابة (٩١/٧ ، ٩٢) .

(٥) انظر : الحاوي الكبير للماوردي (٥١٣/١٠) .

(٦) في (ص) : والوجوب .

(٧) انظر : شرح فتح القدير (٣٧/٤) .

(٨) كفارة الأذى : هي كفارة حلق الشعر وتقليم الأظفار ، والأصل في ذلك قوله تعالى : ﴿ وَأَتِمُّوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ فَإِنْ أُحْصِرْتُمْ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ وَلَا تَحْلِقُوا رُءُوسَكُمْ حَتَّى يَبْلُغَ الْهَدْيُ مَحِلَّهُ فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضًا أَوْ بِهِ أَذًى مِنْ رَأْسِهِ فَفِدْيَةٌ مِنْ صِيَامٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ نُسُكٍ ﴾ البقرة : ١٩٧ . أي تحللوا من إحرامكم بالحلق أو التقصير حتى يصل الهدي المكان الذي يحل ذبحه فيه ، وهو الحرم أو مكان الإحصار ، ومن كان منكم معشر المحرمين مريضًا مرضًا يتضرر معه بالشعر فحلق أو كان به أذى من رأسه كقمل وصداع ، فحلق في الإحرام فعليه فدية ، وهي إما صيام ثلاثة أيام ، أو يتصدق بثلاثة أصوع على ستة مساكين ، أو يذبح ذبيحة وأقلها شاة . انظر : صفوة التفاسير : (١٢٩/١) . والقياس في وجوب كفارة الظهار في مقدار الإطعام ، حيث إن الواجب عليه مقدر بنصف صاع من بر يقاس على مقدار الواجب في كفارة الأذى حيث إن الواجب عليه نصف صاع من تمر .

٢٤٦٢٤ – فإن قيل : المعنى في كفارة الأذى أن عدد المساكين ضعف أيام الصوم ؛ فجاز أن يزيد مقدار الطعام على سائر الكفارات ، وفي مسألتنا عدد المساكين بعدد أيام الصوم ، فلذلك لم يزد الطعام على عدد الأيام [١] .

٢٤٦٢٥ – قلنا : الإطعام في كفارة اليمين [٢] مقدر بما تتقدر به كفارة الظهار ، وإن كان عدد المساكين في كفارة اليمين أضعاف عدد الصيام ، ولأن المد مقدار لا يكفى في قوت يوم غالبًا ، فلا يقدر به الإطعام فيما دونه ، يبين ذلك قوله تعالى في كفارة اليمين : ﴿ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ ﴾ [٣] وليس الوسط من طعام الأهل رطلًا ونصفًا [٤] .

٢٤٦٢٦ – احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا ﴾ [٥] وظاهر الآية يقتضي إذا أطعم ما يتناوله الاسم جاز [٦] .

٢٤٦٢٧ – الجواب : أن الله تعالى ذكر في كفارة اليمين : ﴿ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ ﴾ [٧] والمد ليس من أوسط الطعام ، ولأنا أجمعنا على أن المراد به قدر مخصوص ، وجنس مخصوص ، وما اجتمع عليه كالمنطوق به .

٢٤٦٢٨ – قالوا : [٨] روي عن علي بن أبي طالب ﷺ[٩] أنه أمر المجامع في رمضان وقد أتى بفرق من تمر فيه خمسة عشر صاعًا ، فقال : خذها وأطعم عنك ستين مسكينًا [١٠] .

٢٤٦٢٩ – قلنا : هذا الخبر ذكره الدارقطني عن الحجاج [١١] ، عن إبراهيم بن

---

(١) أي أن كفارة الأذى كفارة الحلق للضرر ، الصوم ثلاثة أيام ، أو الإطعام لستة مساكين نصف صاع لكل منهم ، فيكون عدد الإطعام فيه ضعف عدد الصيام ، فيجوز الزيادة في المقدار ، أما في مسألة كفارة الظهار ؛ فإن عدد المساكين بعدد الصيام ، فلا يجوز الزيادة في مقدار الطعام . انظر : تكملة المجموع (٣٧٨/١٦) .

(٢) سبق ذكره . (٣) سورة المائدة : الآية ٨٩ .

(٤) الجواب : أن الإطعام في اليمين بعشرة مساكين ، أما الصيام : فثلاثة فتكون أضعاف عدده ، فيجوز الزيادة فيه رغم أن عدد الإطعام ليس بعدد الصيام ، فلا تكون هذه ضابطة ؛ لأن المد مقدار لا يكفي قوتًا بوجه ، وكذلك بدليل الأوسط ، فإذا لم يكف فليس المراد بالوسط رطلا وثلثا من المد ، فيكون المقدار الكافي مُدَّيْن من بر . انظر : المبسوط للسرخسي (١٦/٦) . (٥) سورة المجادلة : الآية ٤ .

(٦) انظر : المهذب (١٥٠/٢) ، مغني المحتاج (٣٦٦/٣) .

(٧) سورة المائدة : الآية ٨٩ .

(٨) انظر : معرفة السنن والآثار (١١٧/١٢) ، الحاوي الكبير للماوردي (٥١٣/١٠) .

(٩) سبق ترجمته .

(١٠) أخرجه أبو داود في سننه كتاب الصيام (١٨٧/٢) .

(١١) الحجاج بن أرطاة النخعي من أهل الكوفة ، روى عن عطاء ، وعمرو بن دينار ، والشعبي ، وابن الزبير =

غافر [1] عن سعيد بن المسيب [2] و عن الزهري [3] ، عن حميد بن عبد الرحمن [4] عن أبي هريرة [5] والحجاج بن وطأة [6] طعن عليه الدارقطني في هذا الكتاب [7] وسكت عن ذكره حين روى عنه هذا الخبر على طريقته في المماثلة التي لا تضر سواه [8] .

وقد ذكر أبو داود هذا الخبر بعينه عن سفيان [9] ، عن ابن مسعود عن الزهري ، عن حميد بن عبد الرحمن ، وذكر فيه أن النبي ﷺ أتي بفرق من تمر وقال : « تصدق به » ولم يذكر عدد المساكين [10] ، فكيف يعدل عن هذا الطريق الصحيح إلى خبر لا يساويه ولا يقبل مخالفنا مثله وقد أجاب أصحابنا عنه تبرعًا .

= وغيرهم ، وعنه : الثوري ، وهشيم ، وشعبة ، قال النسائي : كوفي ليس بالقوي . مات سنة (١٤٥ هـ) انظر : تهذيب التهذيب (١٩٦/٢ ، ١٩٨) ، المجروحين من المحدثين والضعفاء والمتروكين (٢٢٥/١ ، ٢٢٨) ، الكامل في ضعفاء الرجال (٦٤١/٢ ، ٦٤٦) للإمام عبد الرحمن بن علي ابن الجوزي .

(١) إبراهيم بن سويد النخعي الكوفي ، روى عن الأسود وعلقمة وغيرهم ، وعنه : الحسن بن عبيد الله ، وزيد بن الحارث وغيرهم . قال الدارقطني : ليس في حديثه شيء منكر ، مات عام (١١٥هـ) ، انظر : ترجمته في تهذيب الكمال (١٠٤/١) ، ميزان الاعتدال (٣٧/١) ، التاريخ الكبير (٢٩٠/١) .

(٢) سبق ترجمته .

(٣) محمد بن مسلم بن عبد الله الزهري روى عن ابن عمر ، وسهل بن سعد ، وأنس بن مالك ، وعنه : عقيل ، ويونس ، والزبيري وغيرهم ، قال الليث : ما رأيت عالمًا قط أجمع من الزهري . مات عام (١٢٤ هـ) . انظر : تذكرة الحفاظ (١٠٨/١) ، الثقات : (٣٤٩/٥) ، أعلام النبلاء (٣٢٦/٥) .

(٤) حميد بن عبد الرحمن بن عوف الزهري ، ويقال : أبو عبد الرحمن ، روى عن أبيه وأمه أم كلثوم ، وعمر ، وعثمان ، وسعيد بن زيد وغيرهم ، وعنه : يزيد بن هارون ، عن ابن أبي ذئب ، عن الزهري . توفي سنة (٩٥ هـ) . انظر : تهذيب التهذيب : (٤٥/٣) .

(٥) هو عبد الرحمن بن صخر الدوسي روى عن النبي ﷺ ، وأبي بكر ، وعائشة ، وغيرهم ، وعنه : ابن عباس ، وابن عمر ، وجابر وغيرهم ، كان من أحفظ أصحاب رسول الله ﷺ في دهره مات عام (٥٧ هـ) . انظر : الاستيعاب (١٧٦٨/٤) ، أسد الغابة (٣٥٧/٣) ، الإصابة (٤٢٥/٧) .

(٦) في (م) أيطان هو تحريف .

(٧) انظر : سنن الدارقطني (١١/١) في باب – الذي يقع على امرأته في شهر رمضان نهارًا .

(٨) انظر : سنن الدارقطني (١١/١) باب الذي يقع على امرأته في شهر رمضان نهارًا .

(٩) هو سفيان بن عيينة بن أبي عمران ، روى عن عمرو بن دينار ، والزهري ، والأسود وغيرهم ، وعنه : الأعمش ، وابن جريج ، وشعبة وغيرهم ، قال ابن مهدى : « كان ابن عيينة من أعلم الناس بحديث أهل الحجاز » مات عام (١٩٨ هـ) . انظر : تهذيب التهذيب (١١٧/٤) ، الجرح والتعديل (٣٢/١) ، تذكرة الحفاظ (٢٦٢/١) .

(١٠) انظر : سنن أبي داود (٢٦٧/٢) .

٢٤٦٣٠ – وقالوا : لا يجب على رسول الله ﷺ التكفير عن الفطر في رمضان ، وإنما يتبرع بالقدر الذي وجده [1] وترك الباقي في ذمته كما أنه لما شكا الفقر جوز له أكله تبقية بلا طعام في ذمته [2] .

٢٤٦٣١ – قالوا : لو كان ذلك بعض الواجب أقره بصرفه إلى بعض المساكين حتى لا يدفع إلى كل مسكين مالا يجزي [3] .

٢٤٦٣٢ – قلنا : الفقراء بالمدينة كانوا محصورين ، فإذا تصدق على ستين مسكينًا بخمسة عشر صاعًا أعاد عليهم إذا وجد مقدار الواجب .

٢٤٦٣٣ – قالوا : روي أن النبي ﷺ أعطى الأعرابي فرقًا من تمر ، فقال : « تصدق به » فالظاهر أنه جميع الواجب [4] .

٢٤٦٣٤ – قلنا : النبي ﷺ قال هل تستطيع أن تطعم ستين مسكينًا .

٢٤٦٣٥ – قال : لا ، ولا مقدار ما يدفع إلى كل مسكين كان قد استغرق في كفارة الظهار ، فبينه ﷺ ، فلما دفع إليه [5] ما حضره وأمره أن يتصدق به علم أنه بعض الواجب وأنه يتصدق على عدد مخصوص دون غيره [6] .

٢٤٦٣٦ – قالوا : طعام يجوز إخراجه في الكفارة فلا يتقدر بالصاع . أصله : الحنطة [7] .

---

(١) وفي هامش (ص) من نسخة أخرى [حضره] .

(٢) انظر : سبل السلام (٢/٦٦٦) ، فقال [أن رسول الله ﷺ] : « تصدق بهذا » فقال [رجل] : أعلى أفقر منا ؟ فما بين لابَتَيْها أهل بيت أحوج إليه منا ، فضحك النبي ﷺ حتى بدت أنيابه ، ثم قال : « اذهب فأطعمه أهلك » رواه السبعة ، واللفظ لمسلم ، لقوله عند الشافعية في وجوب الكفارة بسبب الوطء في رمضان قولان : أحدهما : لا يجب لقوله ﷺ للأعرابي : « خذه واستغفر الله وأطعم أهلك » ولأنه حق مالي يجب لله تعالى لا على وجه البدل ، فلم يجب مع العجز كزكاة الفطر ، والثاني : أنها تثبت في الذمة ، فإذا قدر لزمه أداؤها وهو الصحيح . انظر : المهذب (١/١٤٩ ، ١٥٠) ، سبل السلام (٢/٦٦٦) . وقال الإمام أبو حنيفة وأحمد في رواية : إن الكفارة لم تسقط بالعجز عنها كسائر الكفارات ، وأن قصة الأعرابي خاصة له ، ولا تتعداه . انظر : المغني لابن قدامة (٣/١٣٢) ، سبل السلام (٢/٦٦٦) .

(٣) انظر : الحاوي للماوردي (١٠/٥٠٧) .

(٤) أي : أن الواجب عليه هذا المقدار دون زيادة ، وقد سبق تخريج هذا الحديث .

(٥) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٦) أي : يدل على بعض الواجب ، ويتصدق بهذا البعض إلى عدد مخصوص من المساكين ، وهو ستون .

(٧) انظر : روضة الطالبين (٨/٣٠٥) ، مغني المحتاج (٣/٣٦٧) .

٢٤٦٣٧ - قلنا : اختلاف أجناس المال يقتضي اختلاف مقدار الواجب بدلالة الزكاة [١] ، لأن التسوية بين المقادير مع اختلاف الأجناس مخالفٌ للأصول ، ولأن المقصود من الطعام كفاية ، ومعلوم أن ذلك لا يقع بالحنطة والشعير على وجه واحد فلم تجز التسوية بينهما ، ولأن التقدير بالصاع له نظير متفق عليه وهو صدقة الفطر ، والتقدير بالمد ليس له نظير متفق عليه ، فكان إثبات الصاع أولى [٢] .

٢٤٦٣٨ - قالوا : الواجب سد جوعة في مقابلة صوم يوم ، ورطل وثلث يكفى سد جوعة [٣] .

٢٤٦٣٩ - قلنا : الواجب قوت يوم وذلك يكون بأكلتين في الغالب ، فإن مكنهم بأن يستوفوا جاز قليلًا كان ما يأكلونه أو كثيرًا [٤] ، وإن لم يمكنهم فرطل وثلث لا يكفي في أكلتين ، فاعتبرنا ما يكفي سد الجوعة في دفعتين ، ثم في كفارة اليمين جعل إطعام عشرة مساكين في مقابلة صوم ثلاثة أيام ، وكل ثلاثة مساكين في ثلاث في مقابلة جوعة [٥] .

٢٤٦٤٠ - وقد قال مخالفنا : لكل مسكين في كفارة - طحن وخبزه - منه رطلان [٦] ، وذلك يكفى في قوت يوم .

٢٤٦٤١ - قلنا : هذا يحتاج إلى مؤنة لطحنه وخبزه وذلك المؤنة من غير الكفارة فيكون بعض الرطلين من الكفارة وبعضها من غيرها فلا يجزئ [٧] .

* * *

(١) أي : أن الحنطة تختلف عن الشعير ، أو التمر فلزم أن تختلف في المقدار ، كما أن الزكاة تختلف في إخراج الذهب من كل عشرين دينار نصف دينار ، والفضة من كل مائتي درهم خمسة دراهم .
(٢) أي : لأن الصاع له نظير متفق عليه كصدقة الفطر ، والمد ليس له نظير متفق عليه ، فكان الصاع أولى . انظر : المبسوط للسرخسي (١٦/٧) ، البناية في شرح الهداية (٧١٨/٤) .
(٣) الأم للشافعي (٢٧٣/٥) ، مغني المحتاج (٣٦٦/٣) ، المهذب (١٥٠/٢) ، كفاية الأخيار (٤٨٩/٢) .
(٤) انظر : المبسوط للسرخسي (١٥/٧) ، البناية في شرح الهداية (٧٢٠/٤) .
(٥) انظر : البناية في شرح الهداية (٧١٨/٤ ، ٧١٩ ، ٧٢٠) ، شرح فتح القدير (١٠٤/٤ ، ١٠٥) .
(٦) المد رطل وثلث بالبغدادي ، فرطلان أكثر من المد . انظر : روضة الطالبين (٣٠٤/٨) .
(٧) هذا لأن القدر الواجب عنده نصف صاع من بر أو صاع من شعير أو تمر ، فإذا أخرج رطلان وهو يساوي مد وزيادة لم يجز ؛ لأنه أقل من نصف الصاع أو أقل من الصاع ، وكذا هو ينفق أيضًا بمؤنة الطحن ، فلا يساوي ذلك المقدار .

إطعام مسكين واحد ستين يومًا

٢٤٦٤٢ – قال أصحابنا : إذا أطعم في الكفارة مسكينًا واحدًا ستين يومًا أجزأه (١) .

٢٤٦٤٣ – وقال الشافعي : عشرة لا يجوز حتى يستوفي عدد المساكين (٢) .

٢٤٦٤٤ – لنا : قوله تعالى : ﴿ فَكَفَّـٰرَتُهُۥٓ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَـٰكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ ﴾ (٣) .

٢٤٦٤٥ – ووجه الدلالة من الآية : أن المصدر (٤) قد يراد به المفعول به ، (٥) قال سيبويه (٦) وقد يجيء غير مخالف يعنى المصدر والمفعول به ، تقول : رويت ريًّا ، وأصابه ريه ، وطعمت طعمة ، وأصاب طعمة ، ونهل نهلًا وأصاب نهلة ، كما قالوا : الحلب ، وهم يريدون اللبن ، ويقولون : حلب حلبًا يريدون الفعل الذي هو مصدر ، وقد يجيء المصدر على المفعول ، وذلك لبن حلب إنما يراد محلوب ، وكقولهم : الخلق إنما يريدون المخلوق ، ويقولون : الدرهم ضَرْبُ الأمير ، إنما يريدون مضروب الأمير ، هذا

---

(١) انظر : المبسوط للسرخسي (١٧/٧) ، شرح فتح القدير (١٠٦/٤) ، رد المحتار على الدر المختار (٤٧٩/٣) ، البناية على شرح الهداية (٧٢٢/٤) ، الاختيار لتعليل المختار (١٦٦/٣) ، اللباب (٥٣٧/٢) . وبه قال أحمد في رواية ، المغني لابن قدامة (٣٦٩/٧) ، وذكر في البناية في شرح الهداية (٧٢٢/٤) : « روي عن ابن يوسف في غير رواية أنه لا يجوز » .

(٢) وبه قال الإمام مالك والإمام أحمد وهو الصحيح في روايته ، انظر : الشرح الصغير (١٤/٣) ، روضة الطالبين وعمدة المفتين (٣٠٥/٨) ، تكملة المجموع (٣٧٥/١٦) ، مغني المحتاج (٣٦٦/٣) ، كشاف القناع عن متن الإقناع (٣٨٦/٥) .

(٣) سورة المائدة : الآية ٨٩ .

(٤) المصدر هو : « اسم دال بالأصالة على معنى قائم بفاعل أو صادر عنه ، حقيقة أو مجازًا ، أو واقع على مفعول » . انظر : نيل الفوائد لابن مالك (٨٧/١) .

(٥) يريد المصنف بالمفعول هنا المفعول المطلق ، وهو المصدر المنتصب توكيدًا لعامله ، أو بيانًا لنوعه ، أو عدده ، نحو : ضربت ضربًا ، وسرت سير زيد ، وضربت ضربتين ، وسمى مفعولًا مطلقًا : لصدقه المفعول عليه غير مقيد بحرف جر ونحوه ، بخلاف غيره من المفعولات ؛ فإنه لا يقع عليه اسم المفعول إلا مقيدًا ، كالمفعول به ، والمفعول فيه ، والمفعول معه ، والمفعول له . انظر : شرح ابن عقيل على ألفية ابن مالك (١٦٩/٢) .

(٦) هو عمر بن عثمان بن قنبر ، أخذ النحو عن الخليل بن أحمد ، ويونس وغيرهم ، وأخذ اللغة عن الأخفش الكبير . قال الأزهري : كان سيبويه علامة حسن التصنيف ومن أشهر مصنفاته : الكتاب المنسوب إليه ، مات سنة (١٨٠ هـ) . انظر : معجم الأديان (١١٤/١٦) ، أنباه الرواة (٣٥٦/٣) ، بغية الوعاة (٣٣٩/٣) .

كلام سيبويه (١) فقوله : إطعام إنما يريد المفعول به ؛ لأن المصدر وإن كان بلفظه بدلالة وصفه بقوله : ﴿ مِنۡ أَوۡسَطِ مَا تُطۡعِمُونَ أَهۡلِيكُمۡ ﴾ ذو فعل لا يضاف إلى ما هو بعضه ، ولا تقول أكلته أفضل قديد ، وما تطعمون إنما هو المطعوم ؛ فدل على أن الموصوف هو المطعوم ، ولأنه حق خرج من المال فما جاز دفعه إلى اثنين جاز دفعه إلى واحد كالزكاة (٢) ، ولأنه مسكين لم يستوف قوت يومه من كفارة فجاز الصرف منها إليه ، كسائر المساكين (٣) .

٢٤٦٤٦ - فإن قيل : المعنى في غيره من صرف المساكين أنه لم يستوف قوت يومه من هذه الكفارة ، وليس كذلك في مسألتنا لأنه استوفى قوت يومه منها ، فلم يجز صرفها إليه كاليوم الأول (٤) .

٢٤٦٤٧ - قلنا : علة الأصل تبطل بالمسكين الذمي ، وعلة الفرع لا تصح (٥) ، لأن المسكين تجد له في كل يوم خلة ، فسد خلته في اليوم الثاني كسد خلة غيره (٦) ولأن (٧) الدفع / عندكما أن المدفوع معتبر ، ثم جاز أن يتكرر المدفوع في غير واحد ٢/ب

(١) انظر : الكتاب لسيبويه (٢٢٩/١) .

(٢) الزكاة تصرف إلى ثمانية أصناف وهم : الفقراء ، والمساكين ، والعاملون عليها ، والمؤلفة قلوبهم ، وفي الرقاب ، والغارمون ، وفي سبيل الله ، وابن السبيل ، فيجوز أن يقتصر على صنف واحد من الأصناف المذكورة ، ويجوز أن يعطيها شخصًا واحدًا ، وقال الشافعي : « يجب أن تتم زكاة كل صنف من ماله على الموجود من الأصناف الستة الثابتة سهامهم قسمة على السواء ، ثم قسمة كل صنف منهم لا تصرف إلى أقل من ثلاث منهم إن وجد منهم ثلاثة أو أكثر ، فإن لم يجد إلا واحدًا صرف حصة ذلك الصنف إليه » . انظر : اللباب (١٥١/١) ، المهذب (٢٣٤/١) ، المغني لابن قدامة (٦٦٨/٢) .

(٣) انظر : المبسوط للسرخسي (١٧/٧) ، فتح القدير (١٠٦/٤) وما بعدها ، البناية على شرح الهداية (٧٢٢/٤) ، وقال في المبسوط : « لأن المقصود سد الخلة وذلك يتجدد له بتجدد الأيام ، فكان هو في اليوم الثاني في المعنى مسكينًا آخر لتجدد سبب الاستحقاق » (١٧/٧) .

(٤) أي : لأنه مسكين استوفى قوت يوم من كفارة فإذا دفع إليه غيره منها لم يجزه ، كما لو دفع إليه في يوم واحد . انظر : تكملة المجموع (١٦ : ٣٧٨) . الحاوي (٥١٤/١٠) .

(٥) أي : إن أعطاه في يوم واحد لم يجزه ؛ لأن الواجب التفريق على ستين مسكينًا ، ولم يوجد ذلك حقيقة لأنه مسكين واحد ، ولا حكمًا لعدم تجدد الحاجة ، بخلاف الفرع - وهو إن أعطى مسكينًا واحدًا ستين يومًا - لأن إطعامه في ستين يومًا كإطعام ستين مسكينًا . انظر : البناية على شرح الهداية (٧٢٢/٤) .

(٦) انظر : المبسوط للسرخسي (١٧/٧) ، البناية على شرح الهداية (٧٢٢/٤) .

(٧) قد نوقش هذا القياس بأن المسكين الواحد لو أخذها جمعيًا في يوم واحد وسد جوعته في ستين يومًا لم يجزه . انظر : الحاوي (٥١٤/١٠) .

إلى المساكين بأن يدفع إلى مسكين ثم يبتاع ما دفع إليه أو يستوهبه فيدفعه إلى آخر ، لذلك يجوز أن يتكرر الدفع في أعيان إلى مسكين واحد ، ولأن ما جاز أن يتكرر الدفع في غير واحد جاز أن يتكرر على مسكين واحد . أصله : الزكاة والدفع في كفارتين .

٢٤٦٤٨ - فإن قيل : المعنى فيه أنه يجوز تكراره في عام واحد ، فجاز في أيام .

٢٤٦٤٩ - قلنا : لا يمنع أن يجوز التكرار في وقتين ، ولا يجوز في وقت واحد [١] كما يجوز الوقوف بعرفة في وقتين ، بحجتين ولا يجوز في وقت واحد ، ولأنه أحد بدلي كفارة الظهار ؛ فجاز أن يستحق تفريقه في ستين يومًا كالصيام [٢] .

٢٤٦٥٠ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا ﴾ [٣] .

٢٤٦٥١ - قالوا : وإطعام فعل [٤] يتعدد ، فيجب أن يتكرر الفعل إلى العدد ، فإذا أعطى مسكينًا واحدًا ولم يوجد العدد فلا يجزيه [٥] .

٢٤٦٥٢ - قلنا : قد بينا أن المصدر يحتمل أن يكون مفعولًا ، وإطعام يتعدى إلى مفعولين كما يتعدى فعله ، تقول : أطعمت زيدًا خبزًا ، فقوله : فإطعام ستين مسكينًا يحتمل وجهين : أحدهما : أن يكون المصدر قد عدى إلى مفعول واحد وحذف المفعول

---

(١) أي : يجوز أن يتكرر في وقتين ولا يجوز في وقت واحد ، سواء كان بطريق الإباحة بأن غداهم وعشاهم ، أو بطريق التمليك على قول صحيح عند الحنفية ، وعندهم أنه يجوز التكرار في وقت واحد ؛ لأن الحاجة تتجدد في يوم واحد . انظر : شرح فتح القدير (١٠٧/٥) ، البناية في شرح الهداية (٧٢٢/٤) .

(٢) الدليل الآخر : أنه لابد من تفريقه ؛ لأن الواحد لا يستوفي ما يستوفي ستون مسكينًا في يوم واحد ، كالصيام لابد فيه من التتابع ، فكذلك الإطعام لابد فيه من تفريق الأيام . انظر : البناية في شرح الهدية (٧٢٢/٤) .

(٣) سورة المجادلة : الآية ٤ .

(٤) الفعل من أقسام الكلمة ، وهو كلمة تسند أبدا قابلة لعلامة فرعية للمسند إليه ، والاسم : هو كلمة تسند ما لمعناها إلى نفسها أو نظيرها . الحرف هو كلمة لا تقبل إسنادًا وضعيا بنفسها ولا بنظير . والأفعال ثلاثة أقسام من حيث الزمن : ماضٍ ، ومضارع ، وأمر ، الماضي : هو ما دل على حدوث فعل في الزمن الماضي كضربت ، والمضارع : هو ما دل على حدوث فعل في الزمن الحاضر ، أو المستقبل . والأمر هو ما دل على حدوث فعل في الزمن الحاضر انظر : المساعد على تسهيل الفوائد (٣/١ ، ١٠ ، ١١) التسهيل لابن مالك (١٢/١) . ومن حيث التعدي ولزومه : ينقسم إلى قسمين : متعدٍ ، ولازم ، فالمتعدى : هو ما تعدى إلى مفعول وأكثر بلا واسطة ، واللازم : هو ما لا يتعدى إلى المفعول إلا بواسطة ، انظر : شرح ابن عقيل (١١٢/١) المساعد (١٣/١٠) .

(٥) أي ؛ أن فعل الإطعام متعد ، يتعدى إلى مفعول واحد وهو مسكين ، فإذا تعدى إلى عدد من المساكين فلابد أن يتكرر هذا الفعل . انظر : المغني لابن قدامة (٣٦٩/٧) .

الثاني ، فيكون المسكين منتصبًا على التفسير ، والوجه الثاني : أن يكون مسكينا أحد المفعولين ، وستين في المفعول الثاني والمفسر محذوف ، والتفسير فإطعام طعمة ستين مسكينًا ، ويتنوع حذف المفسر لدلالة ضربت عليه ، ففي كلا الوجهين حذف ، وفي الوجه الأول حذف أحد المفعولين ، وفي الوجه الثاني حذف المفسر من أحد المفعولين [١] .

٢٤٦٥٣ - فقال أبو حنيفة : يجوز الأمران [٢] .

٢٤٦٥٤ - قال مخالفونا : إذا احتمل كان أولى ؛ لأن الله تعالى قال : [في كفارة اليمين فكفارته إطعام ، فسماه كفارة وإذا حملتموه على المفعول لم يكن كفارة .

٢٤٦٥٥ - قلنا : قد بينا أن آية كفارة اليمين لا تحتمل إلا ما ذكرناه ؛ لأنه وصف الإطعام بقوله : ﴿ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ ﴾ فلا معنى للترجيح ، واللفظ لا يحتمل إلا وجهًا واحدًا ، على أنهم إذا حملوا الإطعام على المصدر فالإطعام فعله ، وذلك ليس بكفارة ، كما أنا نحمله على الطعام وليس بكفارة [٣] .

٢٤٦٥٦ - قالوا : أجمعنا على أن وجوب إخراج الكفارة استفيد من هذه الآية ، فإذا حملناها على التقدير لم يفد وجوب الإخراج [٤] .

٢٤٦٥٧ - قالوا : إذا قدرنا الآية بما ذكرنا ، أفادت تقدير المدفوع ، وتقدير المدفوع إليه . وعلى قولكم ، أفادت تقدير المدفوع خاصة [٥] .

٢٤٦٥٨ - قلنا : وأفادت وجوب تكرار الدفع عندنا ، وهذه فائدة أخرى غير تقدير المدفوع .

---

(١) ففي الوجه الأول : حذف « مسكين » ، وهو مفعول ثان ، وفي الوجه الثاني : حذف المفسر وهو طعمة .

(٢) أي : إما حذف أحد المفعولين ، أو حذف المفسر .

(٣) أي : أن آية اليمين لم يجز حملها على احتمالين كما في آية الظهار ؛ لأنه إذا حملها مثل الظهار لم يدل على الكفارة لو جعل مثل احتمال الأول ، وحذف أحد المفعولين لا يحتمل معنى الكفارة ، وكذا لو حمل الاحتمال الثاني الذي له مفعولان ؛ فالإطعام ليس بكفارة أيضًا فيكون حمله على المصدر الذي ليس له مفعولان ، فالإطعام ليس بكفارة أيضًا ، فيكون حمله على المصدر الذي ليس له مفعول ، فثبت دلالته على الكفارة .

(٤) أي : متفق أن وجوب الإخراج استفيد من هذه الآية ، لأنه لو أخذ وجوب الإخراج من الاحتمال ، لا يفيد معنى الوجوب في إخراج الكفارة .

(٥) أي : أن الإطعام في الآية جاز أن يكون متعديًا إلى مفعولين ، وجاز أيضًا أن يكون مرفوعًا على الابتداء ، فإذا أفاد ذلك ، أفاده على وجه الخصوص .

٢٤٦٥٩ - قالوا : الآية خرجت على سبب وهو قصة أوس بن الصامت ، وقد قال له النبي ﷺ « أطعم ستين مسكينًا » فصار هذا هو المراد بالآية [١] .

٢٤٦٦٠ - قلنا : قد أفادت عندنا جواز الأمرين ، وفسر النبي ﷺ ما يتعجل [٢] به الإباحة التي قصدها [٣] .

٢٤٦٦١ - احتجوا : بقوله ﷺ في قصة المظاهر : « أطعم ستين مسكينًا » [٤] .

٢٤٦٦٢ - قلنا : كل واحد منهما سأل عما يعمل به الإباحة ، فلو أمره بدفع الإطعام في ستين يومًا تأخرت ، فذكر له عدد المساكين ليتعجل بالإباحة في المال [٥] .

٢٤٦٦٣ - قالوا : مسكين استوفى قوت يومه من كفارة فإذا أعطى منها لم يجز ، كما لو أعطاه ثانيًا في اليوم الأول [٦] .

٢٤٦٦٤ - قلنا : المعنى في اليوم الأول استوفى قوت يومه منها ؛ فلم يجز [٧] أن يدفع إليه ، وفي اليوم الثاني لم يستوف قوته منها ، فجاز الدفع إليه كما يجوز الدفع إلى غيره [٨] .

٢٤٦٦٥ - قالوا : عارضتم ما نقلناه وزيادة ، لأنا قلنا : استوفى قوت يوم ، فقلتم : استوفى قوت يومه [٩] .

٢٤٦٦٦ - قلنا : هذا غلط ؛ لأنا اعتبرنا يومًا معروفًا ، واعتبرتم يومًا منكرًا ، والمنكر

---

(١) أي : خرجت من كون جواز الإطعام مسكينًا واحدًا في ستين يومًا ، وذلك بدليل قصة أوس بن الصامت ، وإذا كان كذلك ؛ فقد دلت الآية على ما دل عليه الحديث ، وهو ستون مسكينًا لا ستون يومًا لمسكين واحد .

(٢) أي : إطعامه في يوم واحد .

(٣) أي : أن الآية تدل على الأمرين ، بجواز إطعام مسكين واحد في يومين على الأقل ، أما الحديث في قصة أوس بن الصامت ؛ فإنه يدل على طريق الإباحة ، حيث لا يجوز إطعام مسكين واحد في يوم ، وإنما هو خاص بإطعام ستين مسكينًا . انظر : البناية على شرح الهداية (٧٢٢/٤) ، شرح فتح القدير (١٠٧/٤) .

(٤) أخرجه أحمد في المسند (٤٣٦/٥) ، وأبو داود (٦٦٠/٢) ، والترمذي (٤٠٥/٥) ، والحاكم في المستدرك (٢٠٤/٢) .

(٥) أي : أنه يجوز أمران في الإباحة : إطعام ستين مسكينًا ، أو مسكين واحد في ستين يومًا ، وإذا عمل الإطعام في ستين يومًا تأخرت ، فأما ذكر عدد من المساكين فلا يكون تأخرا في الإطعام عن طريق الإباحة .

(٦) انظر : تكملة المجموع (٣٧٨/١٨) ، المغني لابن قدامة (٣٧٩/٧) .

(٧) سقط في (م) .

(٨) قال في المبسوط : لأن المقصود سد الخلة ، وذلك سيتجدد له بتجدد الأيام ، فكان هو في اليوم الثاني في المعنى مسكينًا آخر لتجدد سبب الاستحقاق له . انظر : المبسوط للسرخسي (١٧/٧) .

(٩) انظر : المغني لابن قدامة (٣٦٩/٧) ، تكملة المجموع (٣٧٨/١٦) .

أعم ، وقد عارضنا بأقل من أوصافكم فقولنا أولى [1] .

٢٤٦٦٧ - قالوا : هذا الاعتبار الذي ذكرتموه يبطل بما لو سرق منه الطعام في اليوم الأول ، لا يجوز الدفع إليه ، ولم يستوف قوت يومه . ويبطل بما لو بقي الطعام عنده إلى اليوم الثاني وجاز الدفع إليه من كفارة أخرى ، لأنه غير ما أخذ من الكفارة الأولى [2] .

٢٤٦٦٨ - قلنا : هذا غلط لأن الله تعالى ذكر الكفارة بلفظ الإطعام وذلك يفيد التمليك ، وقال : ﴿ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ ﴾ [3] والأصل تطعمون مرة ومرتين وثلاثًا [4] .

٢٤٦٦٩ - قالوا : سقط من الإطعام أن يكون مرتين ، والتمليك يقوم مقام ذلك عندنا ، ولو أطعم المسكين في يوم فجاع لم يجز أن يطعمه ثانيًا [5] كذلك إذا سرق ما أعطاه ، ولو أطعمه بعد ما أكل أكلتين من كفارة جاز لذلك إذا ملكه من كفارة أخرى ، [6] فأما إذا بقي الطعام عنده إلى اليوم الثاني ، وهو أن يبقي الشبع إلى اليوم الثاني ، فلا يمنع ذلك من إطعامه منها .

٢٤٦٧٠ - قالوا : ذو عدد موصوف لا يجوز الأخذ بغير الصفة ؛ فلا يجوز

---

(١) فاليوم بعد الإضافة يفيد المعرفة ، وقبل الإضافة يفيد النكرة ، والنكرة أعمّ عن المعرفة وهذه المسألة معروفة فكان أولى بالإضافة .

(٢) أي : إذا سرق الطعام من يده فإنه لا يجوز اعتباره في كفارة عنه ، ولم يجز اعتباره عن قوت يومه ، فإذا كان كذلك بطل قولكم كونه بالإضافة ؛ كما يبطل قولكم فيما لو بقي الطعام عنده ، وصرفه لكفارة أخرى غير كفارة الظهار ، فلا يجوز اعتباره ولا استعماله في غير الكفارة الأولى ، قال صاحب مغني المحتاج : « لو دفع الطعام إلى الإمام فتلف في يده قبل التفرقة لم يجزه ، بخلاف الزكاة » انظر : مغني المحتاج (٢٦٦/٧ ، ٢٦٧) .

(٣) الرد المخالف : هذا غلط لأن الطعام في الآية يفيد التمكين ، أي بأن يغديهم ويعشيهم ، وهو مأخوذ من قوله تعالى : ﴿ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ ﴾ فإطلاقه بقول : « يومه » أولى لما تضمن معنى المعرفة .

(٤) المراد هنا في وقت واحد ، أو وقتين ، أو ثلاثة ؛ وذلك لأن المراد من التمكين غداؤهم ، أو عشاؤهم فقط ، ولا يجوز ولا يحصل التمكين بغير ذلك ؛ لأن المعتبر في التمكين أكلتان مشبعتان إما الغداء والعشاء ، وإما غداءان أو عشاءان ، ولأن المعتبر حاجة اليوم ، وذلك بالغداء والعشاء عادة . انظر : المبسوط (١٥/٧) ، البناية على شرح الهداية (٧٦٢/٤) .

(٥) أي : الإطعام بالإباحة : أن يكون في وقتين ، فلا يجوز في وقت واحد ، وأما التمليك فإنه لا يجوز أيضًا إلا في قول ضعيف ، فلا يجوز الإطعام بعد غدائهم وعشائهم ، وكذلك لا يجوز التمليك بعد إعطائه في يوم واحد .

(٦) أي : جاز إعطاؤه بعد ما أكل أكلتين ما سُرِق عن كفارة أخرى .

الإخلال [١] بالعدد كالشهود [٢] .

٢٤٦٧١ - قلنا : لا نسلم أنه ذو عدد من المساكين ، وإنما هو عدد من الأفعال ، وذلك يجوز الإخلال به [٣] . لا نسلم أنه لا يجوز الإخلال بالصفة ؛ لأنه لو دفعها إلى الفقير بدل المسكين أو ابن السبيل والمكاتبين جاز [٤] وينتقض برمي جمار [٥] لأنه ذو عدد موصوف ، لا يجوز الإخلال بالصفة عند مخالفنا ؛ لأن الرمي بغير الحجارة لا يجوز ، فيرمي بحجر واحد مرة بعد مرة ، والمعنى في الشهود أن المقصود غالب الظن بقول اثنين ، فإذا أخبره واحد فالظن الثاني هو الأول فلا يستفيد به معنى ، وليس كذلك الإطعام ؛ لأن المقصود سد الخلة ، فما يدفعه في اليوم الثاني يحصل به سد خلة لم توجد في اليوم الأول [٦] .

٢٤٦٧٢ - قالوا : قدر الله تعالى المدفوع إليه نصًّا بقوله سبحانه : ﴿ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا ﴾ وأبو حنيفة قدر اجتهادًا فقال : صاع ، فَجَوَّزَ الإخلال بالتقدير المنصوص عليه ، ولم يجز الإخلال بالتقدير المجتهد فيه [٧] .

---

(١) قال علماء الأحناف في مقدار الإباحة : إن الاعتبار في الإباحة الشبع لا المقدار ، ولو لم يبلغ صاعًا أو نصفه ، واختلف المشايخ فيه فيما لو كان أحدهما شبعان ، قال بعضهم : يجوز لأنه وجد إطعام العشرة ، وقال بعضهم : لا يجوز ؛ لأن المأخوذ عليه إشباع العشرة ولم يوجد .

(٢) ، قال صاحب المغني : « إن الله أمر بعدد المساكين لا بعدد الأيام ، وقائل هذا يعتبر عدد الأيام دون عدد المساكين ، والمعنى في اليوم الأول أنه لم يستوف حقه من هذه الكفارة ، وفي اليوم الثاني قد استوفى حقه منها فأخذ منها قوت يوم فلم يجز . انظر : المغني لابن قدامة (٣٦٩/٧) .

(٣) أي : ذو عدد الإطعام تقديره طعمه .

(٤) اتفق الفقهاء في جواز دفع الكفارة إلى الفقير والمسكين وابن السبيل ، أو إلى من يعطى من الزكاة ، واختلف في دفعها إلى المكاتب و الكافر ، فذهب الحنفية إلى أنه يجوز دفعها إلى المكاتب والذمي ، وذهب الإمام الشافعي ووافقه الإمام أحمد إلى أنه لا يجوز إعطاء الكفارة إلى المكاتب والكافر ، وعند أحمد يجوز دفعه إلى المكاتب . انظر : المبسوط للسرخسي (١٨/٧) ، الأم للشافعي (٢٨٥/٧) ، كشاف القناع عن متن الإقناع (٣٨٦/٧) .

(٥) رمي الجمار : يرمي الحاج يوم النحر بمنى جمرة العقبة [وهي الجمرة الكبرى] بعد طلوع الشمس قدر رمح بسبع حصيات ، ويرمي سائر الجمرات الثلاث في أيام منى ، وهي ثاني العيد وثالثه ورابعه ، كل جمرة سبع حصيات ، مبتدئًا بالجمرة الأولى [الصغرى] وهي التي تلي مسجد الخليف من جهة عرفات ، ثم الوسطى ، ثم جمرة العقبة بين الزوال والمغرب .

(٦) انظر : المبسوط للسرخسي (١٧/٧) ، شرح فتح القدير (١٠٧/٤) ، البناية على شرح الهداية (٧٢٢/٤) .

(٧) أي : أنَّ قدر الواجب عند الحنفية نصف صاع من بر أو صاعًا من تمر أو شعير .

٢٤٦٧٣ - قلنا : نسلم أن اللّٰه تعالى قدر العدد على ما ذكرتم ، ولا نسلم أن تقدير الصاع اجتهاد بل بالنص ، لأن النبي ﷺ قال للمظاهر : أطعم ستين مسكينًا وسقا من تمر [١] .

٢٤٦٧٤ - قالوا : صدقة أمر بصرفها إلى عدد من المساكين ؛ فلا يجوز صرفها إلى واحد ، كالوصية [٢] .

٢٤٦٧٥ - قلنا : هذا غير مسلم ؛ لأنه قال في الجامع [٣] : إذا أوصى بثلثه للمساكين ، جاز صرفه على مسكين واحد عند محمد ، ولا يجوز في قول أبي يوسف أقل من اثنين ، وليس عن أبي حنيفة رواية [٤] ، ولو سلمنا لم يدل ؛ لأن الوصية [٥] يعتبر فيها لفظ الموصي [٦] ، ولو أمر اللّٰه تعالى غيره يعتبر فيها المقصود ، بدلالة أن الموصي للمساكين لا يجوز له العدول عنه إلى غيرهم ، والإطعام في الكفارة يجوز صرفه إلى غير المساكين [٧]

٢٤٦٧٦ - ولو قال : أعتق عبدي لأنه أسود ؛ لم يجز أن يعتق غيره من غيره ، ولو قال اللّٰه تعالى : أعتقوا أفريقيًا لأنه أسود عتق كل أسود .

٢٤٦٧٧ - قالوا : إذا دفع الكسوة إلى مسكين واحد في عشرة أيام جاز عندكم ، ومعلوم أنه لا يتجدد في اليوم الثاني حاجة إلى الكسوة [٨] .

---

(١) ورد في رواية عبد الرزاق : « اذهب إلى صاحب صدقة بني زريق ، فقل له فليدفعها إليك ، فأطعم عنك منها وسقًا ستين مسكينًا » قالوا : والوسق ستون صاعًا ، وفي رواية لابن داود والترمذي : « فأطعم وسقًا من تمر ستين مسكينًا » . انظر : سبل السلام (١١١٠/٢) ، شرح فتح القدير (١٠٤/٤) ، البناية على شرح الهداية (٧١٧/٤) .

(٢) انظر : المغني لابن قدامة (٣٦٩/٧) ، أي كما لو أوصى إلى عدد من المساكين ؛ فإنه لا يجوز صرفها إلى من استوفى حقه .

(٣) مراده بالجامع هنا الجامع الصغير ، وهو كتاب لمحمد بن الحسن الشيباني ، ومعدود في المذهب من كتب ظاهر الرواية .

(٤) انظر : الجامع الصغير : ٢٢٤ .

(٥) الوصية : اسم بمعنى المصدر ، ثم سمي به الموصى به وصية ، ومنه قوله تعالى : ﴿ مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ تُوصُونَ بِهَآ أَوۡ دَيۡنٖۗ ﴾ ، وهي في الشرع : « تمليك مضاف إلى ما بعد الموت » ، وشرطها كون الموصي أهلًا للتمليك ، وعدم استغراقه بالدين ، والموصى له حيًا وقتها ، غير وارث ، ولا قاتل ، والموصى به قابلًا للتمليك بعد موت الموصى . انظر : المغرب ٤٨٦ ، انظر : اللباب (١٦٨/٤) .

(٦) انظر : اللباب (١٦٨/٤) .

(٧) انظر : اللباب (١٧٧/٤) ، الجامع الصغير ٤٥٢ .

(٨) أي : اعترض المخالف : لو كسا مسكينًا واحدًا عشرة أثواب في عشرة أيام يجوز ؛ لتفرق الدفع مع عدم تجدد الحاجة إلى الثوب بتجدد اليوم .

٢٤٦٧٨ – قلنا : إذا كسي المسكين في اليوم الثاني لم يجز ذلك عن الكسوة ، احتجنا إلى أن يجوز عن الإطعام ؛ لأن من أصلنا أن الكسوة إذا لم تجز عن نفسها جازت عن الإطعام ؛ لأن من أصلنا ، أن من أعطى خمسة أثواب قيمتها إطعام عشرة مساكين لم يجز عن الكسوة ، وجازت عن الإطعام ، فإن كان في مسألتنا تجوز الكسوة بدلًا عن غيرها ، فجوازها عن نفسها أولى [1] .

* * *

(١) انظر : شرح فتح القدير (١٠٧/٤) ، رد المحتار على الدر المختار (٤٧٩/٣) ، أي إذا كانت الكسوة تجوز أن تكون بدلًا عن الإطعام كما يجوز غير الكسوة بدلًا عنه ، فكون الكسوة بدلًا عنه أولى .

مسألة ١٢٠٤

حكم صرف الكفارة إلى أهل الذمة

٢٤٦٧٩ - قال أبو حنيفة ومحمد : يجوز صرف الكفارات إلى أهل الذمة [١] .

٢٤٦٨٠ - وقال الشافعي : لا يجوز [٢] .

٢٤٦٨١ - لنا : قوله تعالى : ﴿ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَٰكِينَ ﴾ [٣] ، وقوله : ﴿ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا ﴾ [٤] ، وهو عام ، وقوله ﷻ : ﴿ لَّا يَنْهَىٰكُمُ ٱللَّهُ عَنِ ٱلَّذِينَ لَمْ يُقَٰتِلُوكُمْ فِى ٱلدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُم مِّن دِيَٰرِكُمْ أَن تَبَرُّوهُمْ ﴾ [٥] ، وقال عليه الصلاة والسلام : « تصدقوا على أهل الأديان » [٦] ولأنها صدقة ليس للإمام حق في أخذها [٧] ؛ إذ هي صدقة تتعلق بسبب من جهته ، فجاز صرفها إلى أهل الذمة كالنافلة [٨] ، ولا

---

(١) انظر : المبسوط للسرخسي (١٨/٧) ، البحر الرائق في كنز الدقائق ٤ ، رد المحتار على الدر المختار (٤٧٩/٣) ، البناية في شرح الهداية (٧٣٧/٤) ، وقال أبو يوسف بالجواز ، انظر : البناية على شرح الهداية (٧٣٧/٤) .

(٢) انظر : الأم للشافعي (٢٧٢/٥) ، مغني المحتاج (٣٦٦/٣) ، المهذب (١٥١/٢) ، روضة الطالبين (٣٠٦/٨) ، وبه قال الإمام مالك وأحمد ، الشرح الصغير (١٤/٣) . مواهب الجليل لشرح مختصر خليل (١٣٠/٤ ، ١٣٤) . المغني لابن قدامة (٣٧٦/٧) .

(٣) سورة المائدة : الآية ٨٩ . (٤) سورة المجادلة : الآية ٤ . (٥) سورة الممتحنة : الآية ٨ .

(٦) الحديث أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه عن سعيد بن جبير قال : قال رسول الله ﷺ : « لا تصدقوا إلا على أهل دينكم » فأنزل الله تعالى : ﴿ لَّيْسَ عَلَيْكَ هُدَىٰهُمْ ﴾ فقال رسول الله ﷺ : « تصدقوا على أهل الأديان » . وهو مرسل . انظر : المصنف (٣٩/٣) .

(٧) الدليل الأول على أنه ليس للإمام حق في أخذها : حديث الظهار نفسه وهو ما رواه أبو داود عن خويلة بنت مالك . وقال في آخر الحديث : « اذهبي فأطعمي عنه ستين مسكينًا وارجعي إلى ابن عمك » . الدليل الثاني : ورد في كفارة المجامع في رمضان : أن النبي ﷺ أمر أن يأكل الكفارة هو وعياله ، وأنه يجوز للإمام إذا قبض الزكاة من شخص أن يردها إليه . انظر : سبل السلام (١١١١/٣) .

(٨) انظر : شرح فتح القدير (٣٦/٤) ، وذكر في شرح فتح القدير جواز إعتاق الرقبة الكافرة والمسلمة ؛ لأن اسم الرقبة ينطلق إلى هؤلاء . والشافعي يخالفه في الكافرة . وقال : والاتفاق : جواز الصدقة النافلة عليه . لا يجوز في الكافرة يدفع الزكاة إلى ذمي لقوله (لمعاذ بن جبل خذها من أغنيائهم وردها في فقرائهم . ولا يدفع إليه ما سوى ذلك من الصدقة ، وهو مذهب الإمام مالك والشافعي وأحمد وأبي يوسف اعتبارًا بالزكاة . وقال أبو حنيفة ومحمد يدفع إليه ما سوى الزكاة استدلالًا بقوله ﷺ : « تصدقوا على أهل الأديان » . وقد سبق تخريجه . انظر : البداية (١١٣/١) ، المغني (٣٧٦/٧) ، المهذب (١١٣/١) .

يلزم زكاة المال الباطن [١] ؛ لأن حق أخذها إلى الإمام وإنما [٢] أصحاب المال وكلاء، ولأن من كان صدقة النفل قربة في حقه لم يجز دفع الواجب إليه بحال كالمسلم [٣] . ولا يلزم الوالدين والولد ؛ لأن الدفع يجوز إليهم باجتهاد ، ولا يلزم الحربي والعبد والمكاتب ؛ لأن صدقة النفل لا تصح عليهم [٤] .

٢٤٦٨٢ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ لَا / تَجِدُ قَوْمًا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ يُوَادُّونَ مَنْ حَادَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ ﴾ [٥] .

٢٤٦٨٣ - الجواب : أن المراد بهذه الآية أهل الحرب بدلالة الآية الأخرى ، وهو قوله تعالى : ﴿ لَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ ﴾ [٦] .

٢٤٦٨٤ - قالوا : كافر لا يجوز دفع الكفارة إليه كالحربي يستعين بما نعطيه على حربنا .

٢٤٦٨٥ - قلنا : هذا لا يوجد في الذمي .

٢٤٦٨٦ - قالوا : مال يجب دفعه إلى الفقير بالشرع ، فلا يجوز دفعه إلى الإمام وهو قائم مقام المسلمين ؛ فدل أنها حق [٧] لهم ، والكفارة لا حق للإمام فيها وهي كالنافلة [٨] .

---

(١) هو ما يستخرجه الإنسان من الأرض مما تجب فيه الزكاة ، إما من قبيل المعادن ، أو من قبيل الركاز . والمعادن هو اسم لما أودع الله في باطن الأرض من الذهب والفضة والحديد والنحاس والرصاص وغير ذلك مما يستخرج من باطن الأرض بأصل الخلقة . والذي يجب الزكاة فيه : الذهب والفضة - وهذا مذهب الشافعية والمالكية . ومذهب الحنفية أنه قال : تجب في المعادن التي تقبل الانطباع والإذابة بالنار كالذهب والفضة والحديد والنحاس . قال الحنابلة : تجب في المعادن بجميع أنواعها انظر : النهاية لابن الأثير (٣/٨٢) ، المهذب (١/١٦٩) ، والتاج والإكليل (٢/٣٣٤) ، المحلي (٥/٣٣٤) ، بدائع الصنائع (٢/٩٠٥ ، ٩٠٦) ، فتح القدير (٢/٣٣) . والركاز هو المال المدفون في الأرض بفعل الإنسان على اختلاف أنواعها كالذهب والفضة والنحاس . والواجب الزكاة فيه كالواجب في المعادن . انظر : الموارد المالية في الدولة الإسلامية ٧٧ .

(٢) كذا في جميع النسخ .

(٣) أي : ما دام دفع الصدقة النافلة إلى الذمي فلا مانع من دفع الواجب من الكفارة إليه .

(٤) لا خلاف بين الفقهاء الأربعة وكذا غيرهم أنه لا يجوز دفعها إلى فقير كافر كالحربي ولا إلى العبد ؛ لأن نفقته واجبة على سيده ، وليس هو من أصناف الزكاة ، إلا أن الاختلاف وقع بينهم في دفعها إلى المكاتب . فقال الفقهاء الثلاثة ما عدا أحمد : لا يجوز ، وقال أحمد : يجوز لأنه مسكين فجاز إطعامه . انظر : المبسوط للسرخسي (٧/١٨) ، مغني المحتاج (٣/٣٦٦) . المغني لابن قدامة (٧/٣٧٦) .

(٥) سورة المجادلة : الآية ٢٢ . (٦) سورة الممتحنة : الآية ٨ . (٧) انظر : الحاوي (١٠/٥١٦) .

(٨) القياس أن دفعها إلى الذمي كدفعها إلى المسلم ، حيث إن الكفارة حق للمسلمين وأهل الذمة دون فرق من حيث إنهم من الفقراء .

مسألة ١٢٠٥

حكم إخراج القيمة في الكفارة

٢٤٦٨٧ - قال أصحابنا : يجوز إخراج القيمة في الكفارات (١) .

٢٤٦٨٨ - وقال الشافعي : لا يجوز (٢) ، وهذا فرع على جواز أخذ القيمة في الزكاة (٣) ، لأن المقصود بكل واحد منهما سد خلة المسكين ودفع حاجته ، وهذا المعنى موجود في القيمة (٤) ، ولأنه حق يخرج من المال سببه الجناية فجاز دفع القيمة فيه كالدية (٥) ، ولأنه مال لم يجب بعقد معاوضة فجاز إخراج القيمة فيه كقيمة المتلفات (٦) .

٢٤٦٨٩ - قالوا : أخذها يقع به التكفير كالعتق (٧) .

٢٤٦٩٠ - قلنا : العتق كَثِيرُ مال فلا يمكن تقويمه ، والكسوة والإطعام كل واحد منهما مال لم يجب بعقد معاوضة ، فجازت القيمة فيه .

---

(١) انظر : المبسوط للسرخسي (١٦/٧) ، شرح فتح القدير (١٠٣/٤) ، رد المحتار على الدر المختار (٤٧٩/٣) ، البناية على شرح الهداية (٧١٦/٤) ، اللباب (٥٣٦/٢) ، الاختيار لتعليل المختار (١٦٥/٣) . وبه قال أحمد في رواية المغني لابن قدامة (٣٧٥/٧) ، كشاف القناع عن متن الإقناع (٣٨٨/٥) .

(٢) انظر : الأم للشافعي (٢٧٢/٥) ، المهذب (١٥٠/٢) ، روضة الطالبين (٣٨٨/٨) ، شرح فتح الجليل على مختصر العلامة خليل (٣٥١/٢) .

(٣) الأصل : أن ما هو منصوص عليه لا تعتبر فيه القيمة عند الحنفية حتى لو أدى نصف صاع من تمر تبلغ قيمته قيمة نصف صاع من تمر أو أكثر لم يجز . فأما ما ليس بمنصوص عليه فإنه يلحق بالمنصوص باعتبار القيمة بينما قال الفقهاء الثلاثة : لا يجوز إخراج القيمة . انظر : شرح فتح القدير (٢٩٦/٢) . والمهذب (٢٤٤/١) والمغني لابن قدامة (٦٥/٤) .

(٤) انظر : المبسوط للسرخسي (٦١/٧) .

(٥) جعل عمر بن الخطاب في دية التغليظ على أهل الإبل مائة ؛ وعلى أهل الورق عشرة آلاف درهم ، فهذه قيمة فتقاس الكفارة على الدية في جواز الدفع بالقيمة . انظر : المبسوط (٧٧/٢٦) .

(٦) الدفع في الكفارة لا يكون من ضمن المعاوضة أي بدل مال ، وإنما الكفارة عقوبة في الوجوب وعبادة في الأداء فتجوز بالقيمة ، كما يجوز دفع القيمة في ضمان المتلفات إذا لم تكن عينا .

(٧) يجوز أخذ القيمة بناء على أن التكفير في الدية إذا لم يوجد له العبد ووجد ثمنه فلزم له العتق ، بخلاف القيمة المذكورة في هذه المسألة قياسًا على الزكاة ؛ لأن في الزكاة الاعتبار بماله فكذلك هاهنا . انظر : المهذب (١٥٠/٢) .

مسألة ١٢٠٦

حكم دفع الكفارات إلى المكاتب

٢٤٦٩١ - قال أصحابنا : يجوز دفع الكفارات إلى المكاتب [١] .

٢٤٦٩٢ - وقال الشافعي : لا يجوز [٢] .

٢٤٦٩٣ - لنا : قوله تعالى : ﴿ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا ﴾ [٣] ولم يفصل ، ولأنها صدقة واجبة فجاز دفعها إلى المكاتب كالزكاة [٤] .

٢٤٦٩٤ - قالوا : الزكاة ليست [٥] حق المكاتب بل حق الفقراء ، والكفارة حق الفقراء [٦] ، وغيرهم ، ولأن من جاز دفع الزكاة إليه جاز دفع الكفارة إليه كالحر . ولا يلزم العامل ؛ لأن ما يدفع إليه ليس من الزكاة ، وإنما هو عوض [٧] . ولا يلزم ابن السبيل ؛ لأن دفع الكفارة إليه يجوز [٨] ، ولأنه يتخلص بما يدفع إليه من إسر الرق ، فصار كما يدفع إلى الأسير في دار الحرب ، ولأن الحر يحصل له سد الخلة ، والمكاتب يستفيد ذلك والتخليص من الرق . فإذا جاز الدفع إلى الحر فالمكاتب أولى [٩] .

---

(١) انظر : المبسوط للسرخسي (٧/١٨) ، البحر الرائق في شرح كنز الدقائق (٤/١١٧) ، رد المحتار على الدر المختار (٢/٥٧٨) .

(٢) وبه قال الإمام مالك وأحمد . انظر : مغني المحتاج (٣/٣٦٦) ، الأم للشافعي (٥/٢٨٥) ، روضة الطالبين (٨/٣٠٨) ، الشرح الصغير (٣/٤٩٣) ، شرح فتح الجليل على مختصر العلامة خليل (٢/٣٥٠) ، كشاف القناع عن متن الإقناع (٥/٣٨٦) .

(٣) سورة المجادلة : الآية ٤ .

(٤) انظر : المبسوط للسرخسي (٧/١٨) ، البحر الرائق في شرح كنز الدقائق (٤/١١٦) .

(٥) ساقط من (ن) ، وفي (ص) : [قالوا : المكاتب من الفقراء ، والكفارة حقُّ الفقراء وغيرهم] ، وما أثبتناه من (م) لوضوح معناه .

(٦) قال في مغني المحتاج : « ويشرط في المسكين والفقير أن يكونا من أهل الزكاة ، وحينئذ لا يكفى تمليكه كافرًا ولو ذميًا ولا هاشميًا ولا مُطلبيًا ، ومن تلزمه نفقته كزوجته وقريبه ، ولا إلى مكلف بنفقة قريب ، أو زوج ولا إلى عبد ومكاتب » . انظر : مغني المحتاج (٣/٣٦٦) .

(٧) انظر : شرح فتح القدير (٢/٢٦٢) .

(٨) أي : ولا يلزم أن يقاس في عدم جواز دفعها إلى المكاتب على عامل الزكاة ؛ لأن ما أخذه عوض لا زكاة ، وكذا لا يقاس على ابن السبيل ؛ لأن ابن السبيل يجوز دفعها إليه بخلاف الكتابة ، فإنه لا يجوز دفعها إليه .

(٩) انظر : المغني لابن قدامة (٧/٣٧٥) .

٢٤٦٩٥ - قالوا : بأنه مكاتَب فلا يجوز دفع الكفارة إليه كمكاتِبِه [١] .

٢٤٦٩٦ - قلنا : مكاتِبُه لا يجوز دفع زكاة ماله إليه [٢] ، فكذلك كفارته ، ولو كاتب غيره يجوز دفع زكاته إليه ، كذلك كفارته [٣] .

٢٤٦٩٧ - قالوا : المكاتب لا يخلوا إما أن يكون في يده مال أو لا يكون ؛ فإن كان في يده مال فهو غني . وإن لم يكن فهو يقدر على الغنى بأن يعجز نفسه ، فلذلك لم يجز دفع الكفارة إليه [٤] .

٢٤٦٩٨ - قالوا : وليس كذلك الزكاة ؛ لأنها تدفع إلى الغني العامل ، وابن السبيل ، والغارم لإصلاح ذات البين [٥] .

٢٤٦٩٩ - قلنا : إن كان في يده مال فهو لا يملكه ولا يكون غنيًا [٦] به .

٢٤٧٠٠ - وإن لم يكن فهو لا يقدر أن يعجز [٧] نفسه عندنا إلا أن يعجز [نفسه برضا سيده] [٨] ، ولأن قدرته على أن يستغني لا يمنعه من أخذ الصدقة ، بدلالة أنه من وهب لفقير مالًا فهو يقدر على قبوله ليستغني به . ويجوز له أخذ الصدقة قبل القبول .

* * *

(١) انظر : المغني لابن قدامة (٧/٣٧٥) ، الحاوي (١٠/٥١٩) ، وقال فيه : إذا قلنا يجوز الدفع إلى المكاتب جاز للسيد الدفع من كفارته إلى مكاتبه ؛ لأنه يجوز أن يدفع إليه من زكاته .

(٢) لفقد التمليك إذ كسب المملوك لسيده وله حق في كسب مكاتبه فلم يتم التمليك . انظر : شرح فتح القدير (٢/٢٧١) .

(٣) لأن الزكاة تصرف إلى الرقاب . والرقاب هو المكاتب ، فيجوز للآخر دفعها إليه ، وأما دفع المال لا يجزئ للدلالة المخصوصة ؛ لأن للسيد حق في كسب مكاتبه فلم يتم التمليك . انظر : شرح فتح القدير (٢/٢٦١ ، ٢٦٣) .

(٤) أي : وأن لم يكن غنيًا فهو عبد فلا يجوز صرفها إليه ؛ لأن الكفارة صرفها مخصوص للفقراء والسائلين . انظر : مغني المحتاج (٣/٢٦٦) وإن كان غنيًا فلا يجوز صرفها إلى العبد في الكفارة . انظر : المغني لابن قدامة (٧/٣٧٥) .

(٥) انظر : المهذب (١/١٧٢) : لقول رسول اللّه ﷺ : « لا تحل الصدقة لغني إلا لخمسة : الغازي في سبيل اللّه ، أو العامل عليها ، أو الغارم ، أو لرجل اشتراها بماله ، أو لرجل له جار مسكين ، فتصدق على المسكين فأهدى المسكين إليه » .

(٦) شرح فتح القدير (٢/٢٧٧) .

(٧) يعجز نفسه : أي يمنع نفسه من الاكتساب لدفع مال المكاتبة ، والفعل : عَجَز يَعْجِز . انظر : لسان العرب مادة « عجز » (٤/٢٨١٧) .

(٨) زيادة اقتضاها السياق .

مسألة ١٢٠٧

حكم دفع الكفارة بالتمكين أو التمليك

٢٤٧٠١ - قال أصحابنا : يجوز في الكفارات التمكين ، وهو أن يغديهم ويعشيهم ، ويجوز التمليك [1] .

٢٤٧٠٢ - وقال الشافعي : لا يجوز إلا التمليك [2] .

٢٤٧٠٣ - لنا : قوله تعالى : ﴿ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا ﴾ [3] وقال ﷻ : ﴿ فَكَفَّارَتُهُۥٓ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَٰكِينَ ﴾ [4] ، وحقيقته الإطعام عند التمكين ، يقال : فلان يطعم الأحلاق [5] ويطعم الطعام . يبين ذلك قوله تعالى : ﴿ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ ﴾ [6] ، وطعام الأهل يكون بالتمكين في الغالب [7] .

٢٤٧٠٤ - فإن قيل : قد أجمعنا على جواز التمليك ، فدل أن الآية تناولته ، وهو مجاز يحمل على الحقيقة لا على جواز التمليك ، فدل أن اللفظ الواحد لا يحمل على الأمرين [8] .

---

(١) انظر : المبسوط للسرخسي (٧/١٤-١٥) ، رد المحتار على الدر المختار (٣/٤٧٩) ، شرح فتح القدير (٤/١٠٥) ، الاختيار لتعليل المختار (٣/١٦٥) ، الهداية (٢/٣٠١) ، البناية على شرح الهداية (٤/٧٢٠) ، اللباب (٢/٥٣٦) ، بدائع الصنائع (٦/٢٩٠٦) . وبه قال أحمد في رواية أخرى : أنه يجزئه إذا أطعمهم العدد الواجب لهم . انظر : المغني لابن قدامة (٧/٣٧٢) .

(٢) انظر : الأم للشافعي (٥/٢٨٥) ، المهذب (٢/١٥٠) ، مغني المحتار (٣/٣٦٦) ، روضة الطالبين (٨/٣٠٧) . ووافقه الإمام مالك وأحمد في رواية . انظر : الشرح الصغير (٣/٤٩٤) ، شرح فتح الجليل على مختصر العلامة خليل (٢/٣٥١) ، المغني لابن قدامة (٧/٣٧٢) ، كشاف القناع عن متن الإقناع (٥/٣٨٨) .

(٣) سورة المجادلة : الآية ٤ .

(٤) سورة المائدة : الآية ٨٩ .

(٥) هكذا في (ص) ولعلها مشتقة من (الحلق) وهو مجرى الطعام إلى الجوف .

(٦) سورة المائدة : الآية ٨٩ .

(٧) انظر : المبسوط للسرخسي (٧/١٥) ، البناية على شرح الهداية (٤/٧٢٠ ، ٧٢١) ، بدائع الصنائع (٦/٢٩٠٧) ، إن المنصوص عليه الإطعام ، وحقيقة ذلك في التمكين والمقصود به سد الخلة ، وفي التمليك تمام ذلك ، فتأدى الواجب بكل واحد منهما ، أما بالتمليك فلأن الأكل الذي هو المنصوص جزء مما هو المقصود بالتمليك لأنه إذا ملك فإما أن يأكل أو يصرف إلى حاجة أخرى ، فيقام هذا التمليك مقام ما هو المنصوص عليه لهذا المعنى ، وينادى بالتمكين لمراعاة عين النص ، والدليل عليه أنه يشبهه بطعام الأهل فقال ﴿ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ ﴾ وذلك ينادي بالتمليك تارة وبالتمكين تارة أخرى ، فكذا هذا .

(٨) أي : التمليك والتمكين ، أو الإباحة . انظر : مغني المحتاج (٣/٣٦٦) ، روضة الطالبين (٨/٣٠٧) ، =

٢٤٧٠٥ - قلنا : الآية ما تناولت عندنا التمليك ، وإنما ثبت جواز التمليك بقول النبي ﷺ وجواز التمكين بالآية (١) .

٢٤٧٠٦ - فإن قيل : إذا حملنا الآية على التمليك نفينا عمومها في الصغير والكبير ؛ لأن تمليك كل واحد منهما جائز ، وإذا حملناها على التمكين خصصناها في الكبير ؛ لأن تمكن الصغير لا يجوز (٢) .

٢٤٧٠٧ - قلنا : الآية لـم تتناول الصغير ؛ لأنه تعالى ذكر المساكين ، والمسكين من سكنت نفسه إلى الفقر (٣) ، وهذا لا يوجد في الصغير ، ولأنه قال : ﴿ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ ﴾ وما يأكله الصبي ليس هو أوسط ما يأكله الأهل . ولو سلمنا التخصيص كان حفظ الحقيقة أولى من حفظ العموم ؛ لأنه عمومات فكان حفظ الحقيقـة وتخصيص العموم أولى من إسقاط الحقيقة واستعمال العموم (٤) ، ويدل عليه مـا روي عن ابن مسعود وابن عمر وابن عباس قالـوا : في تفسير الآية الوسط الخبز والتمر أو الخبز والزيت والأقصى الخبز واللحم . هذا إنما يعتبر في التمكين (٥) . أصله : إذا ثبت أن يطعم المساكين ، ولأن النذور محمولة على أصولنا في الفروض ، فلمـا جاز التمكين في النذور دل على أنه يجوز في الواجب (٦) . ولأن المقصود بالإطعام سد الخلة ، وهذا المعنى موجود في التمكين . ولا يلزم الزكاة ؛ لأن أبا يوسف قال : يجزئ فيها التمكين (٧) ولأن المعتبر كفارة المسكين في اليوم . وإذا ملكه جاز أن يكتفي بما أعطاه ، وجاز أن لا يكتفي . فإذا مكنه تيقنًا بحصـول الكفارة فهو أولى بالجواز (٨) .

= المغني لابن قدامة (٣٧٢/٧) ، الشرح الصغير (٤٩٤/٣) .

(١) انظر : المبسوط للسرخسي (١٥/٧) ، البناية على شرح الهداية (٧٢٠/٤) .

(٢) إذا حملناها على التمليك فيكون جواز دفعها إلى الكبير فقط دون الصغير مع أن عدم جواز الدفـع إلى الصغير في حالـة ما إذا حملناها إلى التمكين ، فيكون هذا اعتراضًا على قولهم إن الآية لا تتناول التمليك وهذا لا يجوز . وأضاف الحنفية عن الصغير . إذا أطعم صبيًّا فطيمًا لا يجزئه ؛ لأنه لا يستوفيه كاملًا . انظر : البناية في شرح الهداية (٧٢١/٤) .

(٣) انظر : القاموس المحيط (٢٣٥/٤) .

(٤) بمعنى أن دفعها إلى الكبير أولى من دفعها إلى الصغير في التمليك ، فكان حفظ الحقيقة أولى من حفظ المجاز وهو العموم ، وأما في الإباحة فالدفع للكبير ولا يجوز للصغير لأن تعشيته وتغذيته ناقصـة .

(٥) انظر : المبسوط للسرخسي (١٦/٧) .

(٦) انظر : بدائع الصنائع (٢٨٧/٨) .

(٧) انظر : البناية في شرح الهداية (٧٢١/٤) .

(٨) أي : أن الإباحة تعتبر من ضمن سد خلة الفقير أو حاجته اليومية ، فإذا دفعها إليه بطريق التمليك فقد يتأدى المقصود به ، سدا لخلته ، فإذا دفعها إليها بطريق الإباحة تأدى المقصود ، وحصل الكفارة بل هو فوق ما =

٢٤٧٠٨ – احتجوا : بأن النبي ﷺ : دفع إلى المكفر الثمن فقال : « تصدق بهذا » (١) .

٢٤٧٠٩ – والجواب : أن هذا يدل على جواز الصدقة ، وقد روي أنه قال لسلمة بن صخر : « أطعم » وهذا يفيد التمكين (٢) فأفادنا ﷺ جواز الأمرين ، ولأنه قال : « تصدق » . ولأن المكفر كان فقيرًا ، والتمكين يحتاج أن يهيأ الطعام فيلزمه مؤنة ، والتمليك لا يحتاج إلى ذلك فأمره بأيسر الأمرين لفقره (٣) .

٢٤٧١٠ – قالوا : صدقة وجبت بالشرع ، فلا يجوز فيها التمكين كالزكاة (٤) .

٢٤٧١١ – قلنا : روى عن أبي يوسف أنه قال يجزى التمكين فيها . وقال محمد : لا تجوز (٥) . فعلى قول أبي يوسف لا نعلم الأصل ، وعلى قول محمد أوجب الله تعالى الزكاة بلفظ الإيتاء ، فقال : ﴿ وَءَاتُواْ ٱلزَّكَوٰةَ ﴾ بلفظ الصدقة . وذلك يفيد التمليك فأوجب الكفارة بلفظ الإطعام وذلك يفيد التمكين (٦) .

٢٤٧١٢ – قالوا : ما يقع به التمكين لا يجزئ فيه التمكين كالكسوة (٧) .

٢٤٧١٣ – قلنا : التمكين في الكسوة لا يحصل للفقير عن الكسوة (٨) وإنما يحصل له الانتفاع بها فهو في معنى العارية (٩) فلا يجزئ (١٠) وليس كذلك الإطعام لأن

= هو المقصود ، وهو سد خلة الفقير وغناؤه .

(١) سبق تخريجه ، أو انظر : الحاوي للماوردي (٥٢٣/١٠) .

(٢) لفظ الإطعام يشمل التمليك والإباحة . انظر : رد المحتار على الدر المختار (٤٧٩/٣) .

(٣) انظر : المبسوط للسرخسي (١٧/٧) .

(٤) استدل المعترض بالقياس على أن الزكاة فرضت بالشرع ، ولا يجوز صرفها بالتمكين ، فكذلك الكفارة فرضت بالشرع فلا يجوز صرفها بالتمكين . انظر : المغني لابن قدامة (٣٧٢/٧) ، المهذب ١٥٠/٢) ، الحاوي (٥٢٣/١٠) .

(٥ ، ٦) انظر : البناية في شرح الهداية (٧٢١/٤) .

(٧) الكسوة تجوز في الكفارة ، وهذا دليل على أن لفظ الإطعام لا يراد به التمكين ، وإنما يراد به التمليك . انظر: الحاوي للماوردي (٥٢٣/١٠) .

(٨) لأن النص ثمة تناول التمليك ، لأنه جعل الثوب هناك كفارة إذ الكسوة اسم للثوب ، فتوجب التكفير بعين الثوب ، وإنما يكون كذلك بالتمليك . انظر : شرح فتح القدير (١٠٦/٤) .

(٩) العارية شرعًا : تمليك النافع بغي عوض . انظر : القاموس المحيط (٩٧/٢) فصل العين باب الراء ، اللباب (٤٢٦/٢) .

(١٠) بمعنى أنه أعار ثيابًا للمساكين ، فلبسوا بنية الكفارة ، فلا يجوز بالتمكين فيكون بالتمليك .

الطعام يسلم للفقير بالأكل فيصير كالتمليك الذي يحصل به للعين [(١)] . يبين ذلك أنه لو أوصى له بثوب ثم أوصى لآخر [(٢)] بلبسه يجوز ، لأنه لا يكون رجوعًا عن الوصية للأول ، ولو أوصى له بالطعام ، وأوصى لآخر بأكله كان ذلك رجوعًا [(٣)] . يبين ذلك أن إطعام الزوجة مستحق ، وكسوتها ، فلو مكنها من الطعام جاز عن المستحق ، ولو مكنها من الكسوة لم يَجُزْ عن المستحق ، وهذا يبين الفرق بين الموضعين .

٢٤٧١٤ - وقولهم : الزوجة الصغيرة سقط حقها .

٢٤٧١٥ - قالوا : ما يدفع إلى مسكين مقدارٌ فإذا مكنهم لم يحصل المقدر لهم [(٤)] .

٢٤٧١٦ - قلنا : التقدير شرط ليتحقق حصول الكفاية ، فإذا [(٥)] مكنهم من أكلتين فقد تيقنا الكفاية ، فسقط التقدير [(٦)] .

٢٤٧١٧ - قالوا : المساواة بين المساكين فيما يأخذونه واجبة : فإذا لم يمكنهم لم يتيقن [(٧)] .

٢٤٧١٨ - قلنا : المساواة غير معتبرة بدلالة أنه لو أعطى بعضهم طعامًا جيدًا وبعضهم رديئًا أو كسي بعضهم أفخر الثياب وبعضهم أدناها جاز . وإنما يعتبر تساويهم

---

(١) أي : أن الكفارة بالإطعام تختلف عنها بالكسوة ، فالإطعام في الكفارة يجوز صرفها بغيرها كالأكل ، أما الكسوة فلا يجوز صرفها بغيرها وإنما يلزم صرفها بعين الثوب . وإنما يكون كذلك بالتمليك . انظر شرح فتح القدير (١٠٦/٤) .

(٢) ساقطة من (م) ، (ع) ، .

(٣) توضيح ذلك فيما لو أوصى بالإطعام فإنه يختلف عما لو أوصى بالكسوة في حالة ما إذا كان يعتبر رجوعًا ، أولا يعتبر . فيعتبر الرجوع إذا أوصى بالإطعام ، ولا يعتبر الرجوع فيما إذا أوصى بالكسوة . فالصرف يختلف فيهما ، فإذا اختلفا في الصرف اختلفا في اعتبارهما من التمليك ، أو التمكين فإذا لم يعتبر الرجوع في الكسوة فالكسوة تمليك ، وإذا اعتبر الرجوع في الإطعام فالإطعام تمكين ، فإذا كان كذلك ثبت أن بينهما فرقا .

(٤) انظر : المهذب (١٥٠/٢ ، ١٥١) ، الحاوي للماوردي (٥٢٣/١٠) .

(٥) في (م) : [فإذا لم يحصل التقدير ، لهم . قلنا : التقدير شرط تحقق الكفاية] ، وما أثبتناه من (ص) أولى لاتفاقه مع السياق .

(٦) قال في المبسوط : « إن المتميز في التمكين أكلتان مشبعتان إما الغداء والعشاء ، إما غداآن أو عشاآن لكل مسكين فإن المعتبر حاجة اليوم ، وذلك بالغداء والعشاء عادة ، ويستوي في خبز البرّ أن يكون مأدوما أو غير مأدوم » ، إذ القصد الشبع لا المقدار ، لأن المقصود حاجة اليوم قليلًا أو كثيرًا ، وإن لم يبلغ ذلك صاعًا أو نصف صاع . انظر : المبسوط للسرخسي (١٥/٧) ، البناية على شرح الهداية (٧٢٠/٤) .

(٧) اعتبار المساواة بين المساكين واجبة ، وهم يختلفون في الأكل ، ولا يتحقق أن كل واحد منهم يتناول قدر حقه ، فلا يتحقق المساواة بينهم . انظر مغني المحتار (٣٦٦/٣) ، المهذب (١٥٠/٢ ، ١٥١) .

في الكفارة في التمكين [١] .

٢٤٧١٩ - قالوا : إذا مكنهم فقد خص جهة من الانتفاع دون غيرها ، لأنهم لا يقدرون على البيع والإطعام [٢] .

٢٤٧٢٠ - قلنا : المستحق عندنا من هذا القدر النفع ، وما زاد عليه مستحق ، إن فعله جاز ، وإن لم يفعله لم يؤثر في الجواز [٣] .

* * *

(١) المساواة تعتبر في التمكين ولا تعتبر في القدر الواجب للمساكين ، أو تعتبر في القدر الواجب لهم في الشبع فقط ، أو الذي يمكنه الاستيفاء إلى الشبع . وتعتبر فيه الأكلتان المشبعتان مما يكون معتادًا في كل موضع . كما لو شرط الإدام في خبز الشعير دون خبز البر . لأن الفقير لا يستوفى من خبز الشعير حاجته إلا إذا كأن مأدومًا ، بخلاف البر ، فإنه يستوفى منه حاجته وإن لم يكن مأدومًا . انظر : المبسوط للسرخسي (١٦/٧) ، البناية على شرح الهداية (٣٢١/٤) .

(٢) أي : الأفضل لهم التمليك ، لأن الانتفاع بالكفارة بالتمليك تجعل المساكين قادرين على التصرف والتمول فيكون أكثر مصلحة لهم ، بخلاف التمكين فإنه لا يجعل ذلك إلا سد خلة يومه . انظر : الحاوي الكبير للماوردي (٥٢٣/١٠) .

(٣) أي : أن هذا أدنى القدر فإذا فعل أكثر من هذا فيجوز ، أي أن التمكين من الطريق الذي يجوز للمكفر لدفع الكفارة للمساكين ، لما يشتبه لفظ الإطعام بين التمكين والتمليك . وإذا كان طريق التمليك أفضل ، فهذا لا يؤثر فى عدم جواز التمكين ، فيعتبر هذا كذلك .

مسألة ١٢٠٨

حكم الكفارة خمسة بالإطعام وخمسة بالكسا

٢٤٧٢١ - قال أصحابنا : إذا أطعم خمسة وكسا خمسة جاز ويكمل أحد الأمرين بقيمة الآخر (١) .

٢٤٧٢٢ - وقال الشافعي : يجب عليه أن يكمل الكسوة والإطعام (٢) وهذه مبنية على أصل وهو عندهم أن إخراج القيمة يجوز في الكفارات (٣) وقد نوى بالفعل التكفير فوجب أن يحمل على الوجه الذي يصح به ، وهو القيمة ، لأن كل واحد منهما يقصد به غير ما يقصد به الآخر ، فجاز أن يكون أحدهما بدلًا عن الأخر (٤) وليس هذا كإخراج الحنطة عن التمر لأن المقصود بهما معنى واحد ، ولا يجوز أحدهما بقيمة الآخر ، كما لا يجوز إخراج الحنطة الجيدة بقيمة الحنطة الوسط (٥) .

٢٤٧٢٣ - قالوا : اللّٰه أمر بإطعام عشرة مساكين ، وهذا قد أطعم خمسة (٦) .

٢٤٧٢٤ - قلنا : الكسوة قائمة مقام الطعام ، فقد أخرج كالإطعام ، وقامت الكسوة مقام الطعام (٧) .

٢٤٧٢٥ - قالوا : النص يتناول الأمرين فلا يجزئ أحدهما عن الآخر ، كما لا يجزى في صدقة الفطر البر بقيمة التمر

٢٤٧٢٦ - [قلنا : من أصحابنا من يجوز قيمة الحنطة بقيمة التمر] (٨) فعلى هذا

---

(١) انظر : المبسوط للسرخسي (١٥١/٨) ، بدائع الصنائع (٢٩٢٠/٦) ، شرح فتح القدير (١٠٤/٤) ، رد المحتار على الدر المختار (٧٢٦/٣) .

(٢) انظر : الأم للشافعي (٢٧٢/٥) ، الحاوي للماوردي (٥٢١/١٠) .

(٣) قال الكاساني في البدائع : « ولو أطعم خمسة مساكين على وجه الإباحة ، وكسا خمسة مساكين ، فإن أخرج ذلك على وجه المنصوص عليه لا يجوز الإطعام ، لأن اللّٰه تعالى أوجب أحد شيئين فلا يجمع بينهما ، وإن أخرجه على وجه القيمة . فإن كان الطعام أرخص من الكسوة أجزأه ، وإن كانت الكسوة أرخص من الطعام لم يجزه ، لأن الكسوة تمليك فجاز أن تكون بدلا عن الطعام ، ثم إذا كانت قيمة الكسوة مثل قيمة الطعام حتى أخرج الطعام وإن كانت أعلى من هذا فقد خرج قيمة الطعام وزيادة فجاز .

(٤) انظر : بدائع الصنائع (٢٩٢١/٦) .

(٥) انظر : المبسوط للسرخسي (١٥١/٨) .

(٦) انظر : الأم للشافعي (٦٤/٧) .

(٧) انظر : بدائع الصنائع (٢٩٢١/٦) .

(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

سقط الالتزام ، ومنهم من منع ذلك . وقال المقصود منها واحد ، فصارا كالشيء الواحد فلا يجزى بعضه عن بعض بالقيمة [١] .

٢٧٠/ب ٢٤٧٢٧ - وفي مسألتنا المقصود بالكسوة ستر العورة ، وبالإطعام سد الجوعة / وهما مختلفان فجاز أحدهما بقيمة الآخر .

* * *

(١) انظر : الحاوي الكبير للماوردي (١٠/٥٢١) .

مسألة ١٢٠٩

دفع الكفارات إلى المكاتب

٢٤٧٢٨ - قال أصحابنا : يجوز دفع الكفارات إلى المكاتب [١] .

٢٤٧٢٩ - وقال الشافعي : لا يجوز [٢] .

٢٤٧٣٠ - لنا : قوله تعالى : ﴿ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا ﴾ [٣] . ولم يفصل ، ولأنه يجوز صرف الزكاة إليه [فجاز صرف الكفارة إليه] [٤] ولأن الحر يحصل له سد الخلة والمكاتب لا يحصل له هذا المعنى ، والتخلص من الرق فكان أولى [٥] .

٢٤٧٣١ - فإن قيل : الزكاة يجب دفعها إلى الصبي بدلالة العامل والغازي .

٢٤٧٣٢ - قلنا : لم يسلم ذلك ؛ لأن العامل يأخذها على طريق المعاوضة والغازي والصبي لا يجوز دفعها إليه [فإن قتله الكفار لا يجوز أن تدفع إلى ورثته] [٦] .

٢٤٧٣٣ - جميع الزكاة عينها للفقراء ، ولأن المكاتب يتخلص بالصدقة من أسر الرق ، فصار كالمسلم الأسير في دار الحرب .

٢٤٧٣٤ - احتجوا : بأن المكاتب لا يخلو إما أن يكون في يده مال أو لا يكون . فإن كان فقد غَنِيَ بما في يده ، وإن لم يكن فيقدر أن يعجز نفسه فيصير غنيًّا بغنى مولاه [٧] .

٢٤٧٣٥ - قلنا : إذا كان في يده مال فهو لا يملكه بل هو موقوف على مولاه وعليه . وجواز الاستيفاء يتعلق به فهو كالغارم ، وقدرته على تعجيز نفسه لا نسلمها ؛ لأن المكاتب إذا قدر على الاكتساب لم يجز أن يعجز إلا برضى المولى ، فإذا أدى أخذ

---

(١) انظر : المبسوط للسرخسي (١٨/٧) ، البحر الرائق في شرح كنز الدقائق (١١٧/٤) ، رد المحتار على الدر المختار (٥٧٨/٢) .

(٢) وبه قال الإمام مالك وأحمد . انظر : المهذب (١٥٠/٢) ، مغني المحتاج (٣٦٦/٣) ، الأم للشافعي (٢٨٥/٥) ، روضة الطالبين (٣٠٨/٨) ، الشرح الصغير (٤٩٣/٣) ، شرح فتح الجليل على مختصر العلامة الخليل (٥٣٠/٢) ، المغني لابن قدامة (٣٧٦/٧) ، الكشاف (٣٨٦/٥) .

(٣) سورة المجادلة : الآية ٤ .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(٥) انظر : رد المحتار على الدر المختار (٥٧٨/٢) .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) وفي صلب (ص) استدرك في الهامش .

(٧) انظر : الحاوي الكبير للماوردي (٥٠١/١٠) .

الزكاة وجاز أن يعجز فيملكها المولى وهو غني .

٢٤٧٣٦ – قلنا : يبطل بالفقير إذا كان وارثه غنيًا يجوز دفع الزكاة إليه ، وإن جاز أن يموت فيرثه الغير .

* * *

مَوْسُوعَة

القواعد الفقهية المقارنة

المسماة

التجريد

كتاب اللعان

مسألة (١) ١٢١٠

موجب قذف الزوج

٢٤٧٣٧ – قال أصحابنا : موجب قذف الزوج اللعان (٢) .

٢٤٧٣٨ – وقال الشافعي : موجب قذفه الحد وإنما يسقط ذلك عن نفسه بالأيمان (٣) .

٢٤٧٣٩ – لنا : قوله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ ﴾ (٤) فذكر اللّٰه تعالى لعان الزوج وحكمه ، وهو اللعان ؛ فالظاهر أنه جمع الحكم المتعلق بقذفه . ومن زعم أن حكم القذف من الخلة فهو مدع لخلاف الظاهر (٥) .

٢٤٧٤٠ – فإن قيل : ﴿ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍ ﴾ تقديره : فشهادة القاذف

(١) تعريف اللعان – لغة : مصدر لاعن كقاتل من اللعن ، وهو الطرد والإبعاد من رحمة اللّٰه تعالى ، وسمي به ما يحصل بين الزوجين ؛ لأن كل واحد من الزوجين يلعن نفسه في الخامسة إن كان كاذبًا ، أو لأن الرجل هو الذي يلعن نفسه ، وأطلق في جانب المرأة من مجاز التغليب سُمِي لعانًا ، لأنه قول الرجل ، وهو الذي بدأه . وشرعًا : عرفه الحنفية والحنابلة : بأنه شهادات مؤكدات بالأيمان مقرونة باللعن من جهة الزوج وبالغضب من جهة الزوجة . وعرفة المالكية : بأنه حلف زوج مسلم مكلف على رؤية زنا زوجته ، أو على نفي حملها منه . وعرفة الشافعية : بأنه كلمات معلومة جعلت حجة للمضطر إلى قذف من لطخ فراشه وألحق العار به أو إلى نفي ولد . انظر : القاموس المحيط (٢٦٧/٤) ، رد المحتار على الدر المختار (٨٠٥/٣) ، كشاف القناع (٤٥٠/٥) ، الشرح الصغير (٦٥٧/٢) ، مغني المحتاج (٣٦٧/٣) .

(٢) انظر : المبسوط للسرخسي (٣٩/٧) ، بدائع الصنائع (٢١٤١/٥) ، شرح فتح القدير (١١٢/٤) ، البناية في شرح الهداية (٧٣٣/٤) ، حاشية ابن عابدين (٤٨٢/٣) ، اللباب (٥٣٧/٢) .

(٣) انظر : الأم للشافعي (٢٨٥/٥) ، مغني المحتاج (٣٧١/٣) ، المهذب (١٥٢/٢) ، شرح المهذب (٣٨٩/١٦) ، روضة الطالبين وعمدة المفتين (٣٢١/٨) ، كفاية الأخيار (٤٩٠/٢) ، ويتفق رأي المالكية والحنابلة مع رأي الإمام الشافعي . انظر : الشرح الصغير (٦٥٧/٢) ، المدونة الكبرى (١٠٧/٣) ، بداية المجتهد (٨٩/٢ ، ٩٠) ، المغنى لابن قدامة (٤٠٤/٧) ، كشاف القناع عن متن الإقناع (٣٩٠/٥) .

(٤) سورة النور : الآية ٦ .

(٥) انظر : المبسوط للسرخسي (٣٩/٧) ، بدائع الصنائع (٢١٤٢/٥) ، شرح فتح القدير (١١٢/٤) . وهذا الخلاف يرجع إلى أصل اللعان : فاللعان عند أبي حنيفة وأصحابه : شهادة . لقوله تعالى : ﴿ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍ ﴾ [النور : ٦] . ولحديث ابن عباس أنه ﷺ قال لهلال بن أمية حين قذف امرأته بشريك بن سمحاء : « ائت بأربعة من الشهداء يشهدون على صدق مقالتك وإلا تجلد على ظهرك » رواه النسائي في سننه من =

أربع ، فيفيد ذلك بيان عدد الشهادة (١) .

٢٤٧٤١ - قلنا : الفاء تعلق ما بعدها بما قبلها (٢) ، وهذا يقتضي أن اللعان حكم القذف المذكور ، على أنا أجمعنا أن اللعان واجب ، فلابد أن يكون تقدير الآية فعليهم أن يشهدوا (٣) . لقوله تعالى : ﴿ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ﴾ (٤) .

يدل عليه ما روي أن عويمر العجلاني (٥) قذف امرأته . فلاعن النبي ﷺ بينهما (٦) وفرق ولم يذكر الحد ، ولو كان واجبًا لذكره (٧) . ولا يقال : إنه لم يبين ذلك ، لأن الآية دلت عليه ، وقد بينه في قصة هلال بن أمية ؛ لأن الناس قد اختلفوا في تناول الآية

= كتاب الطلاق (١٤١/٦) ، والترمذي في تحفة الأحوذي (٢٦/٩ ، ٢٧ ، ٢٨) ، (٣٢٢٩) . بينما يرى الإمام الشافعي ومن معه كالإمام مالك والإمام أحمد أن اللعان يمين ، وإن كان يسمى شهادة ، فإن أحدًا لا يشهد لنفسه ، لقوله ﷺ في بعض روايات حديث ابن عباس : « لولا الأيمان لكان لي ولها شأن » رواه أبو داود في كتاب اللعان ، وأبو يعلى في مسنده (١٢٧/٥ ، ٢٧٤٠) . والذين ذهبوا إلى أنه شهادة قالوا : لا يصح إلا بين الزوجين يكونان من أهل الشهادة وذلك بأن يكونا حرين مسلمين . والذين ذهبوا إلى أنه يمين قالوا : إنه يصح اللعان بين كل زوجين حرين كانا أو عبدين أو أحدهما أو عدلين أو فاسقين أو أحدهما . انظر : البناية في شرح الهداية (٧٢٩/٤) ، بداية المجتهد (٨٩/٢) ، المهذب (١٥٩/٢) ، المغني لابن قدامة (٣٩٢/٧) .

(١) أي : دليل المخالف في وجوب الحد قوله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ ﴾ [النور : ٤] ، وهذا عام في الأزواج وغير الأزواج . فأخبر الأزواج بأن لعانهم يقوم مقام شهادة أربعة غيرهم بقوله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ ﴾ [النور : ٦] . انظر : مغني المحتاج (٣٧١/٣) ، المهذب (١٥٢/٢) ، وشرحه (٣٩١/١٦) ، بداية المجتهد (٩٠/٢) ، المغني (٤٠٤/٧) ، كشاف القناع (٣٩٠/٥) .

(٢) انظر : شرح فتح القدير (١١٥/٤) .

(٣) انظر : المبسوط للسرخسي (٣٩/٧) ، بدائع الصنائع (٢١٤٢/٥) .

(٤) النساء : ٩٢ ، المجادلة : ٣ . أي : لأنه إخبار يجرى مجرى الأمر . ولأن المصدر المقرون بحرف الفاء في موضع الجزاء يراد به الأمر . انظر : شرح فتح القدير (١١٥/٤) .

(٥) هو صاحب اللعان . وهو الذي رمى امرأته بشريك بن سحماء ، فلاعن رسول الله ﷺ بينهما . مات سنة تسع من الهجرة . انظر : الاستيعاب (١٣٢٦/٢) ، الإصابة (٧٤٦/٤) ، أسد الغابة (٣١٧/٤) .

(٦) أصل الحديث رواه الأوزعي عن الزهري عن سهل بن سعد : أن عويمر أتى رسول الله ﷺ فقال : يا رسول الله رجل وجد مع امرأته رجلًا ، أيقتله فتقتلونه ، أم كيف يفعل ؟ فأنزل الله تعالى هذه الآية . فقال رسول الله ﷺ : « قد أنزل الله فيك وفي صاحبتك فأت بها » قال سهل : فتلاعنا وأنا مع الناس عند رسول الله ﷺ فلما فرغا من تلاعنهما ، قال عويمر : كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها ، فطلقها ثلاثًا قبل أن يأمره رسول الله ﷺ ، قال ابن شهاب : فكانت سنة المتلاعنين . أخرجه الإمام البخاري في باب اللعان ومن طلق بعد اللعان (٥٥٩/١٠) حديث رقم ٥٣٠٨ .

(٧) وهو قوله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ﴾ النور : ٤ .

للأزواج [١] . وفي أن قصة هلال [٢] هل يستحد بأنه اللعان أم لا [٣] ، فكيف يظن أنه ﷺ يقتصر على ذلك في البيان مع إشكاله [٤] . ولأنه قذف لا يستوفى به الحد مع مطالبة المقذوف ؛ فلم يتعلق به الحد [٥] . أصله : قذف من ليس بمحصن [٦] ولأن الحد لو وجب بقذفه لم يملك إسقاطه بقول القاذف الأجنبي [٧] ، ولأن اللعان تأكيد للقذف وتكرار له ، وذلك لا يسقط حكم القذف كمن قذف أجنبيًا ثم كرر قذفه [٨] .

٢٤٧٤٢ - فإن قيل : لا يسقط الحد بقوله ، وإنما يسقط بيمينه [٩] ، كما تسقط

---

(١) انظر : شرح فتح القدير (١١٥/٤) .

(٢) هو هلال بن أمية الأنصاري الواقفي . شهد بدرًا ، وهو آخر الثلاثة الذين تخلفوا عن غزوة تبوك فنزل فيهم القرآن [التوبة : ١١٩] . وهو الذي قذف امرأته بشريك ابن السحماء ، وذكر قصة اللعان مطولًا ، وعاش إلى خلافة معاوية حتى أدرك عكرمة الرواية عنه . انظر : الإصابة (٥٧٤/٣) ، والاستيعاب (١٥٤٢/٤) .

(٣) ساقطة من (ص) ، وأثبتناها من (م) ، (ع) .

(٤) أي : لا يمكن تعيين الحد بناء علي ما ورد من حديث عن رسول الله ﷺ . انظر : المبسوط للسرخسي (٣٩/٧) ، بدائع الصنائع (٣١٤٢/٥) . وقال صاحب البدائع : والحد لا يجب مع الشبهة فكيف يجب مع الاحتمال ، ولأن الاحتمال من اليمين بدل وإباحة ، والإباحة لا تجرى في الحدود .

(٥) أما بيان سبب وجوب اللعان وهو القذف عند القاضي ، فسبب ظهور القذف نوعان : أحدهما : البينة . وإذا خاصمت المرأة فأنكر القذف والأفضل أن تترك الخصومة . والثاني : المطالبة . لما فيها من إشاعة الفاحشة ، ولذا كان تركها من باب الفضل والإكرام . انظر : بدائع الصنائع (٢١٥٣/٥) .

(٦) اتفاق الفقهاء على وجوب الحد للقاذف إذا كان المقذوف محصنًا . والمسألة ترجع إلى أن النبي ﷺ لم يبين أن وجوب اللعان هو الحد . فإذا قلنا إن الموجَبَ هو الحد فلا يجوز ، كما لا يجوز إقامة حد القذف لمن ليس بمحصن . انظر : بدائع الصنائع (٢١٤٨/٥) و المراد بالمحصنات في القذف أي العفيفات . وفي القرآن جاءت بأربعة معان . أحدهما : هذا ، أي العفائف . والثاني : بمعنى المزوجات . كقوله تعالى : ﴿ وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ ﴾ [النساء : ٢٤٠] . وقوله تعالى : ﴿ مُحْصَنَٰتٍ غَيْرَ مُسَٰفِحَٰتٍ ﴾ [النساء : ٢٥] . والثالث : بمعنى الحرائر كقوله تعالى : ﴿ وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا ﴾ [النساء : ٢٥] . وقوله سبحانه : ﴿ وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ مِن قَبْلِكُمْ ﴾ [المائدة : ٥] . وقوله : ﴿ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى ٱلْمُحْصَنَٰتِ مِنَ ٱلْعَذَابِ ﴾ [النساء : ٢٥] . والرابع : بمعنى الإسلام كقوله : ﴿ فَإِذَآ أُحْصِنَّ ﴾ قال ابن مسعود : إحصانها إسلامها . انظر : المغني لابن قدامة (٢١٥/٨ ، ٢١٦) .

(٧) فإنه لا يقبل فيه النيابة ، حتى لو وكل أحد الزوجين والمطالبة من حقها ؛ لأنه بمنزلة الحد ، فلا يحتمل النيابة كسائر الحدود . انظر : بدائع الصنائع (١٤٣/٥) .

(٨) يقصد به أن الموجب هو اللعان ، وليس الحد ؛ لأن الحد موجب للقذف ، فإذا كان الموجب هو اللعان فإنه تكرار ، وهذا لا يجوز ؛ لأن الموجب في اللعان لا يسقط ، بدليل أنه لا يقبل النيابة فيه ، بخلاف الموجب في القذف ؛ فإنه يقبل فيه النيابة . انظر : بدائع الصنائع (٢١٤٢/٥) .

(٩) انظر : مغني المحتاج (٣٦٩/٣) .

الدعوى عنه بيمينه (١) وإنما تأخرت الخصومة لأن الدعوى لا توجب إلا اليمين . وإذا حلف لا يسقط بيمينه ما وجب عليه ، وإنما فعل الواجب . وعندهم الواجب هاهنا الحد ، ويسقط عن نفسه بلعانه (٢) . ولأن كل قول من الإنسان أوجب حقًّا عليه لآدمي لم يسقط ذلك الحق عنه بقوله (٣) . أصله : الإقرار بقذف الأجنبي (٤) . ولا يلزم المرتد (٥) لأن ردته توجب القتل ويسقط بإسلامه (٦) ، لأنا قلنا يوجب حقًّا لآدمي ، والقتل لحق اللّه تعالى ، ولأن القتل لا يسقط عنه بقوله ، وإنما يسقط عنه باعتقاده الإسلام (٧) .

٢٤٧٤٣ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا۟ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجْلِدُوهُمْ ﴾ (٨) ولم يفصل (٩) .

٢٤٧٤٤ - قلنا : الآية لا تتناول قذف الزوجة ، بدلالة أنه إذا عجز عن الشهود لم يجلد (١٠) ، ولأن اللّه تعالى جعل آية اللعان متأخرة ، وهي خاصة ، والخاص إذا تأخر عن العام ، أوجب نسخ بعضه (١١) .

٢٤٧٤٥ - فإن قيل : قد أجمعنا أن الآية تناولت قذف الزوج [قبل] (١٢) نزول آية اللعان ، فكيف يقال إنها لا تتناول الزوج (١٣) ؟ .

(١) قال في الروضة : « إذا حلف المدعى عليه تخلص عن المطالبة ، ولا يطالب أهل الموضع الذي وجد فيه القتيل ، ولا يأتي ذلك الموضع ، ولا عاقلته ولا عاقلة الحالف ولا غيرهم ، سواء كان المدعى بقتل عمدًا أم خطأ » . انظر : روضة الطالبين وعمدة المفتين (٢٥/١٠) .

(٢) انظر : مغني المحتاج (٣٧٢/٣) ، المهذب (١٥٢/٢ ، ١٦٢) .

(٣) انظر : الحاوي (١٠/١١) ، حيث إنه حق على بدن ، إذا ثبت بالاعتراف لم يسقط بالرجوع ، فوجب أن يكون من حقوق الآدميين ، كالقصاص .

(٤) انظر : الحاوي للماوردي (١٠/١١) .

(٥) المرتد هو : الراجع عن الإسلام إلى الكفر . انظر : كفاية الأخيار (٥٧٦/٢) .

(٦) أي : لا يقاس على المرتد ، إذا لم يتب يجب قتله ، أي إذا لم يرجع إلى إسلامه قتل ؛ لأن التعليل فيه موضوع على أن ما لا يستوفى إلا بالمطالبة فهو من حقوق الآدميين . انظر : الحاوي (١٠/١١) .

(٧) انظر : المهذب (٢٨٦/٢) .

(٨) سورة النور : الآية ٤ .

(٩) انظر : بداية المجتهد (٩٠/٢) ، المجموع (٣٩١/١٦) ، المغني لابن قدامة (٤٠٤/٧) .

(١٠) انظر : الهداية (٢٣/٢) .

(١١) قال في البدائع : دل قوله : (وإن تكلم به جلدتموه) أي الذي لاعن من زوجته ، لأن موجب قذف الزوجة كان الحد قبل نزول آية اللعان ، ثم نسخ في الزوجات بآية اللعان ، فينسخ الخاص المتأخر العام المتقدم بقدره ، هذا هو مذهب عامة مشايخنا . انظر : بدائع الصنائع (٢١٤٢/٥) .

(١٢) هكذا في جميع النسخ وزدتها حتى يستقيم المعنى بها .

(١٣) انظر : بداية المجتهد (٩٠/٢) ، المجموع (٣٩١/١٦) ، المغني (٤٠٤/٧) .

٢٤٧٤٦ - قلنا : إنما جوابنا عما يقتضيه بعد استقرار حكم اللعان [1] . فأما قوله : فكانت متناولة للزوج وكان يحد بالعجز عن إقامة الشهادة ، فلم تغير هذا الحكم [2] وصار لا يحد . وإن عجز عن البينة خرجت الآية أن تكون له متناولة .

٢٤٧٤٧ - قالوا : روي أن هلال بن أمية لما قذف امرأته قال له النبي ﷺ : « إيتني بأربعة يشهدون وإلا فحد في ظهرك » [3] ، فدل على أن قذفه يجب به الحد [4] .

٢٤٧٤٨ - قلنا : هذا كان قبل نزول آية اللعان [5] ، لأنها نزلت في قصته بالطلاق في موجب قذف الزوج بعد ثبوت اللعان [6] .

٢٤٧٤٩ - قالوا : روي أن النبي ﷺ قال لعويمر « لاعن أربع مرات ، إنها الموجبة ، ولعقاب الدنيا أيسر من عذاب الآخرة » [7] ، فندبه إلى ترك اللعان . فدل أنه حقه ، وعندكم أنه حق عليه [8] .

٢٤٧٥٠ - قلنا : إنما ندبه إلى ترك اللعان بتكذيب نفسه ، إن كان كاذبًا . ولهذا قال : « ولعذاب الدنيا أيسر » وكذلك نقول أنه يجب عليه أن لا يلاعن إن كان كاذبًا [9] .

٢٤٧٥١ - قالوا : قذف مسلمة عفيفة [10] فوجب أن يلزمه الحد . أصله : إذا قذف

---

(١) انظر : المبسوط للسرخسي (٣٩/٧) .

(٢) أي : أن آية القذف لا تتناول اللعان ، إنما قلنا ذلك بعد نزول آية اللعان ، ويترتب على ذلك في الموجب في كل منهما ، فإن الموجب في الحكم الأول هو الحد ، أما في اللعان فالموجب فيه اللعان .

(٣) أخرجه الترمذي في تحفة الأحوذي (٢٦/٩ ، ٢٧ ، ٢٨) ، (٣٢٢٩) ، وأبو داود في سننه (٣٦٩/٢) ، (٢٢٥٤) ، والنسائي في سننه في باب كيف اللعان من كتاب الطلاق (١٤١/٦) .

(٤) انظر : المهذب (١٥٢/٢) ، مغني المحتاج (٣٦٧/٣) ، المغنى (٤٠٤/٧) .

(٥) انظر : المبسوط للسرخسي (٣٩/٧) ، البناية في شرح الهداية (٧٣٣/٤) .

(٦) انظر : نيل الأوطار (٢٧٠/٦) . وقال في نيل الأوطار : « إن التفريق الذي جرى بين عويمر وامرأته كان بتفريق النبي ﷺ ، وطلقها عويمر لظنه أن اللعان لا يحرمها عليه ، فأراد تحريمها بالطلاق ، فقال : طالق ثلاثًا ، فقال له النبي ﷺ : « لا سبيل لك عليها » .

(٧) أخرجه النسائي في سننه في باب عظة الإمام الرجل والمرأة عند اللعان (١٤٤/٦) ، وأبو داود في سننه (٣٧١/٢) ، (٢٢٥٦) ، والإمام مسلم في صحيحه المسمى الجامع الصحيح (٦٩٣/٢) .

(٨) أي : أن من قال إن الموجب هو الحد ، فإن الحد حقه ، وأما من قال الموجب اللعان ، فإن الحد يجب عليه باللعان . وأنه ذكر في آية اللعان ماله من الحق في قذفه ، وذكر في آية القذف ما عليه من الحق في قذفه . وليس يمتنع أن يجتمع في قذفه حق له وحق عليه ، فلم يتنافيا . انظر : الحاوي (٨/١١) .

(٩) انظر : شرح فتح القدير (١١٥/٤) .　　(١٠) حديث سبق تخريجه .

أجنبية (١) .

٢٤٧٥٢ - قلنا : قذف الأجنبية متهم فيه ، وقذفه لزوجته لا يتهم فيه ؛ لأن الزوج يضطر لهذا المعنى لما يلحقه من الشين (٢) . وعند مخالفنا : الزوج مضطر إلى قذف زوجته (٣) . وليس بمضطر إلى قذف الأجنبية (٤) ، فلم يجز اعتبار أحدهما بالآخر (٥) . والمعنى في قذف الأجنبية : أنه لما وجب الحد لم يملك إسقاطه عن نفسه بقوله . فلو كان قذف الزوجة يجب به الحد لم يَسْقُط بلعانه (٦) .

٢٤٧٥٣ - قالوا : قذف من زوج ، فيجب به الحد ، أصله : إذا كان عبدًا أو كافرًا (٧) .

٢٤٧٥٤ - قلنا : المعنى أنه ليس من أهل الشهادة على المسلمين ، فيتعلق بقذفه المحصنة الحد للزوج المسلم ، والزوج الحرمن تقبل الشهادة منه على المسلمين ، فتعلق بقذفه اللعان (٨) .

---

(١) انظر : مغني المحتاج (٣٧١/٣) . (٢) انظر : بدائع الصنائع (٢١٣٩/٥) .

(٣) انظر : مغني المحتاج (٣٦٧/٣) ، حيث ورد في تعريف اللعان أنه : كلمات معلومة ، جعلت حجة للمضطر إلى قذف من لطخ فراشه ، وألحق العار به ، أو إلى نفي ولد .

(٤) انظر : كفاية الأخيار (٥٥٨/٢) .

(٥) أي : لا يجوز اعتبار موجب اللعان هو الحد ، كما يعتبر موجب القذف هو الحد ، لأنهما مختلفان ، فيكون موجب أحدهما غير موجب الآخر .

(٦) وذلك لأن صفات الحدود في حد الزنا ، والشرب ، والسكر ، والسرقة ، وكذا في القذف بعد ما ثبت بالحجة لا يحتمل العقد والصلح والإبراء ؛ لأنه حق الله تعالى خالصًا لا حق للعبد فيه يملك إسقاطه ، وكذا اللعان إذا كان الموجب هو الحد على الحقيقة فإن اللعان يجب ألا يسقط سواء بعد ما ثبتت الحجة أم لم تثبت . انظر : بدائع الصنائع (٢١٤٣/٥ ، ٤٢٠١/٩) .

(٧) لأن الكافر إذا زنى ، حُدَّ إهانة له ، والحد بقذفه إكرام له . وبقذف العبد بزنا يضيفه إلى حال حريته إذا طرأ عليه الرق . انظر : مغني المحتاج (٣٧١/٣) .

(٨) انظر : المبسوط للسرخسي (٤١/٧) ، بدائع الصنائع (٢١٥١/٥) . قال صاحب البدائع : وأما الإسلام : فالكافر ليس من أهل الشهادة على المسلم . وإن كان المسلم من أهل الشهادة على الكافر فليس من أهل اليمين بالله تعالى ؛ لأنه ليس من أهل حكمها وهو الكفارة . ولهذا لم يصح ظهار الذمي عندنا . واللعان عندنا شهادات مؤكدة بالأيمان ، فمن لا يكون من أهل اليمين لا يكون من أهل اللعان . وقال صاحب المبسوط : فالكافر إذا كان تحته مسلمة بأن أسلمت امرأته فقذفها قبل أن يعرض عليه الإسلام ؛ فهو ليس من أهل الشهادة عليها . وكذلك العبد إذا كان تحته حرة ، فلا يكون قذفه إياها موجبًا للعان ، ولكنه يكون موجبًا حد القذف ؛ لأن القذف بالزنا لا ينفك عن موجب . فإذا خرج من أن يكون موجبًا للعان لمعنى في القاذف كان موجبًا للحد .

٢٤٧٥٥ – قالوا : نقيس على المحدود في القذف إذا تاب [1] .

٢٤٧٥٦ – قلنا : المعنى : أنه يختلف في جواز قبول شهادته على المسلمين [2] .

٢٤٧٥٧ – قالوا : كل من لو قذفها أجنبي وجب عليه الحد ، إذا قذفها زوجها وجب عليه الحد . أصله : ما ذكر [3] .

٢٤٧٥٨ – قلنا : هذه العلة لا أصل لها [4] ؛ لأن قولهم ، فإذا قذفها الزوج قد دخل فيه الزوج الكافر والزوج العبد ، فلا يصح أن يكون الأصل داخلًا في الفرع ، ولأن قذف الأجنبي لم يصادف ملكه .

٢٤٧٥٩ – وقذف الزوج صادف ملكه وما يوجب العقوبة ، يختلف أن يصادف ملكه أو غير ملكه [5] ، بدلالة من قتل عبد نفسه أو عبد غيره [6] .

٢٤٧٦٠ – قالوا : الشين يلحقها بقذف الزوج أكثر مما يلحقها بقذف الأجنبي ؛ [لأن من عادة الزوج أن يتستر على زوجته ، فإذا حكاه فقد لحقها شين] [7] ، يوجب الحد ، فقذف الزوج مع زيادة الستر فيه أولى [8] .

٢٤٧٦١ – قلنا : هذا هو الدليل عليكم ؛ لأن الزوج إذا كان من عادته الستر لم تلحقه تهمة ، والأجنبي تلحقه التهمة ، فكيف يكون الزوج بإيجاب الحد أولى [9] ،

---

(١) الكلام عن لعان المحدود في القذف في المسألة الثالثة التي يأتي ذكرها فيما بعد مع مسألة لعان المحدود في القذف إذا تاب ، وفيه خلاف بين الحنفية والجمهور . حيث لا يقبل عند الحنفية ويقبل عند الجمهور .

(٢) انظر : بدائع الصنائع (٢١٥١/٥) .

(٣) انظر : الأم للشافعي (٢٥٨/٥) . مغني المحتاج (٣٧١/٣) ، المغني لابن قدامة (٤٠٤/٨) .

(٤) موجب القذف هو الحد ؛ لأن كل من قذفها وجب عليه الحد .

(٥) أي : أن العقوبة تختلف بكون العامل المرتكب مالكًا ، أو غير مالك ، عبدًا ، أو حرًا . فإن الاختلاف في حالتهما واقع .

(٦) اختلف في قتل الحر عبدًا ، فذهب فريق إلى : أنه لا يقتل الحر بالعبد مطلقًا ، أي سواء كان القاتل مولاه أو غيره ذهب إلى هذا المالكية والشافعية والحنابلة . وذهب فريق آخر إلى أن الحر لا يقتل في عبد نفسه ، ويقتل في عبد غيره . وهو مذهب الإمام أبي حنيفة وأصحابه ، فوقع الاختلاف أيضًا في اللعان عند أبي حنيفة . انظر : تبيين الحقائق (١٠٢/٦) ، رد المحتار على الدر المختار (٣٩٣/٥) ، الشرح الكبير للدردير (٣٣٧/٤) ، مغني المحتاج (١٧/٤) ، المغني (٦٥٧/٧) .

(٧) ساقط في (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدرك في الهامش وبعضه مطموس .

(٨) انظر : مغني المحتاج (٣٧٣/٣) ، روضة الطالبين (٣٢٨/٨) .

(٩) انظر : بدائع الصنائع (٢١٤٧/٥) .

ولأن الزوج لا يستوفىٰ منه الحد ، والأجنبي يستوفى منه الحد ، فلو كان الأمر على ما قالوا ، كان الزوج باستيفاء الحد أولى [١] .

٢٤٧٦٢ – قالوا : لو كذب نفسه وجب عليه ، فلولا أنه وجب بالقذف ، لم يجب باللعان [٢] .

٢٤٧٦٣ – قالوا : إذا أكذب نفسه فقد اعترف بوجوب الحد [٣] ، وإذا لم يكذب فلم يعترف . يبين الفرق بينهما ، أنه إذا كذب استوفى الحد ، فلا يدل ذلك على أنه مستوفىٰ منه قبل الإكذاب [٤] .

* * *

(١) أي : إذا كان الزوج أكثر في الستر مما يلحقه الأجنبي ؛ فالزوج بإيجاب الحد أولى ، والمراد بناء على ما قال المخالف ، وهذا لا يجوز ؛ لأن بينهما فرقا ، قلنا : إن الفرق واقع في الملك وغير الملك .

(٢) انظر : مغني المحتاج (٣٨٠/٣) ، تكملة المجموع (٤٥٣/١٦) ، المغني (٤٠٤/٧) .

(٣) قال في المصباح شرح غريب الشرح الكبير للرافعي : « لو أكذب نفسه وكذبها بمعنى اعترف بأنه كذب في قوله السابق ، انظر : المصباح شرح غريب الشرح الكبير للرافعي (٥٢٨/٢) ، تكملة المجموع (٤٥٣/١٦) .

(٤) انظر : المجموع (٤٥٣/١٦) .

مسألة ١٢١١

امتناع الزوج من اللعان

٢٤٧٦٤ - قال أصحابنا : إذا امتنع الزوج من اللعان حبس حتى يلاعن ، أو يقر بالكذب (١) .

٢٤٧٦٥ - وقال الشافعي : إذا امتنع الزوج من اللعان ؛ حد حد القذف . وإن امتنعت المرأة حدت حد الزنا (٢) .

٢٤٧٦٦ - وأما الكلام في حبس الزوج - وهو فرع على المسألة المتقدمة - أن الواجب بقذف الزوج اللعان (٣) . فإذا امتنع منه فقد منع حقًا يقدر على إيقاعه فيحبس حتى يوفيه كالمديون (٤) . وعلى أصلهم الواجب بقذفه الحد (٥) . وأما الكلام في المرأة فإن لعان الزوج عندنا يوجب عليها اللعان (٦) . فإذا امتنعت من حق لزمها إيقاعه حبست .

٢٨٠/أ ٢٤٧٦٧ - وعندهم لعان / يحقق عليها الزنا ، فيجب الحد لو سقط بلعانها . فإذا لم تلاعن حدت . والدليل على ما قلناه قوله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ ﴾ (٧) فذكر

(١) انظر : المبسوط للسرخسي (٣٩/٧) ، بدائع الصنائع (٢١٤١/٥) ، حاشية ابن عابدين (٤٨٥/٣) ، الاختيار لتعليل المختار ، البناية في شرح الهداية (٧٣٣/٤) ، اللباب (٥٣٧/٢) . وكذلك إذا امتنعت المرأة من اللعان تحبس . انظر : المبسوط للسرخسي (٤٠/٧) ، بدائع الصنائع (٢١٤١/٥) ، شرح فتح القدير (١١٥/٤) ، البناية في شرح الهداية (٧٣٣/٢) . وبه قال أحمد في رواية . انظر : المغني لابن قدامة (٤٠٤/٧ ، ٩) ، كشاف القناع عن متن الإقناع (٤٠١/٥) .

(٢) وافقه الإمام مالك وأحمد في رواية . انظر : الأم للشافعي (٢٩٢/٥) ، المهذب (١٦٣/٢) ، روضة الطالبين (٣٤٩/٨) ، بداية المجتهد (٩٠/٢) ، المدونة الكبرى (١١٢/٣) ، الشرح الصغير (٦٥٨/٢) ، المغني لابن قدامة (٤٠٤/٧) ، كشاف القناع عن متن الإقناع (٤٠١/٥) .

(٣) أي : بيان ما يترتب على المسألة السابقة من أن موجب اللعان هو اللعان عند أبي حنيفة خلافًا أن موجبه هو الحد ، والمسألة الآن فيما إذا امتنع الزوج عن اللعان هل هو حد ، أم حبس ؟

(٤) انظر : بدائع الصنائع (٢٤١/٥) ، البناية في شرح الهداية (٧٢٤/٤) .

(٥) انظر : الأم للشافعي (٢٩٢/٥) ، روضة الطالبين (٣٤٩/٨) ، المغني لابن قدامة (٬

(٦) انظر : شرح فتح القدير (١١٥/٤) ، البناية في شرح الهداية (٧٢٤/٤) .

(٧) سورة النور : الآية ٦ .

لعان الزوج ولعانها . فظاهره يقتضي أن ذلك جميع الحكم (١) . ولأن اللعان قول القاذف فلا يحقق الزنا على المقذوف ، وإن كره بقذف الأجنبي (٢) . ولأن الحد لو وجب عليها بلعانه لم يسقط (٣) بقولها (٤) . أصله : البينة (٥) . ولأن الزوج لو شهد عليها بالزنا مع غيره بعد قذفه لها لم يتحقق الزنا ، فإذا شهده وحده أولى ، ولأن للزوج حقًّا عليها في الظاهر بقذفه ؛ لأنها محصنة عفيفة ، وإنما يتخلص باللعان من جنايته (٦) ، فلا يتحقق بذكره دعوى المدعي بيمينه من غير نكول (٧) .

٢٤٧٦٨ – احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَيَدْرَؤُاْ عَنْهَا ٱلْعَذَابَ ﴾ (٨) الآية فذكر عذابًا معرفا يرجع إلى الحد تقدم ذكره بقوله : ﴿ وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَآئِفَةٌ مِّنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ ﴾ (٩) .

٢٤٧٦٩ – الجواب : أن العذاب المعرف لو رجع إلى الحد الذي ظنوه لقال ويدرأ عنهما عذابهما ، لأن التعريف إذا رجع إلى ما تقدم صار المتقدم كالمذكور (١٠) . ونحن نعلم أن حد الزانيين لا يجوز أن يجب عليهما ، فبطل أن يرجع العذاب إلى المعرف

---

(١) أي : أن المرأة إذا امتنعت عن التلاعن تحبس حتى تلاعن أو تصدقه ؛ لأنه حق مستحق عليها وهي قادرة على إيفائه فتحبس فيه . انظر : شرح فتح القدير (١١٥/٤) . البناية في شرح الهداية (٧٢٤/٤) .

(٢) أنه لا يتحقق زناها فلا يجب عليها الحد كما لو لم تلاعن ، ودليل ذلك : أن تحقق زناها لا يخلو إما أن يكون بلعان الزوج ، أو بنكولها ، أو بهما ، لا يجوز أن يكون بلعان الزوج وحده ، لأنه لو ثبت زناها به لما سمع لعانها ، ولوجب الحد على قاذفها . انظر : المغني لابن قدامة (٤٤٥/٧) .

(٣) عن ابن عباس في قصة الملاعنة : أن النبي ﷺ قضى أن لا قوت لها ولا سكنى من أجل أنهما يتفرقان . بيان هذا الحديث : أن المرأة المفسوخة باللعان لا تستحق في مدة العدة نفقة ، إنما تستحق في عدة الطلاق . انظر : نيل الأوطار (٢٧٧/٣) .

(٤) أي : يدل على وجود احتمالات وشبهات في تحديد حكم الحد ، والحد لا يجب مع الشبهة فتعين أن يكون الحد هو الحبس حتى يأتي بما هو عليه أو يكذب نفسه . ولأن وجوب الإطعام ساقط بالحد ، ولو وجب عليه إطعامها لما سقط بقولها الحد ، ولكنه سقط ، وهذا دليل على أن الحكم في حال الامتناع هو الحبس . انظر: بدائع الصنائع (٢١٤٢/٥) .

(٥) فيه تكرار في (ص) .

(٦) أي : في حالة ما إذا تلاعنا أو صدقته يرتفع سبب وجوب لعانها وهو التكاذب لأن اللعان إنما يجب إذا أكذب كل الآخر فيما ادعاه ؛ فالقذف هو السبب والتكاذب شرط . انظر : شرح فتح القدير (١١٥/٤) .

(٧) أي : في حالة تلاعن المرأة لا يتحقق قذف الزوج ، ويرتفع سبب وجوب لعانها ، كما إذا ادعى المدعي بالحلف ولم يكذب فيه . فالحلف لا يكون مؤشرًا وذلك لأن اليمين على المدعى عليه .

(٨) سورة النور : الآية ٨ .

(٩) سورة النور : ٢ .

(١٠) لأن التعريف لفظ موضوع لمعنى معين مشخص . انظر : القواعد الأساسية للغة العربية للسيد أحمد الهاشمي ٧٨ .

المذكور فلم يبق إلا أن يرجع إلى تعريف الجنس . فكأنه قال ويدرأ عنها جنس العذاب والجنس [١] يتأدى دلالته إلى بقيته على حد يتباعد ولم لـم يشهد لزمها الجنس وهو من جنس العذاب [٢] .

٢٤٧٧٠ - فإن قيل : العذاب قد يعرف في الشرع بالحد ، بدلالة قوله تعالى : ﴿ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ ﴾ [٣] .

٢٤٧٧١ - قلنا : هذا ليس بمذكور في هذه القصة فكيف يدعى وجوب رجوع التعريف إليه [٤] .

٢٤٧٧٢ - فإن قيل : ويدرأ عنها اللعان المقتضى عذابًا قد وجد ، وهذا هو الحد على قولنا [٥] .

٢٤٧٧٣ - فأما الجنس فلم يجب بلعان الزوج ، وإنما يجب عندكم بامتناعها من اللعان فكيف يدرؤه باللعان [٦] .

٢٤٧٧٤ - قلنا : فوجوب الحد أثر العذاب وإنما استيفاؤه هو العذاب [٧] . فتقدير الآية عندكم ويدرأ عنها ما يصير عذابًا [٨] ، وهو أن قوله : ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ ﴾ [٩] فعل وقد يذكر الفعل في القرآن والمراد به المصدر . قال الله تعالى : ﴿ وَلَا يَحْسَبَنَّ الَّذِينَ

---

(١) تعريف الجنس هو : « ما صدق على الكثرة المختلفة الحقيقة في جواب ما هو » . كالحيوان مثلا . فإنه يصدق على كثرة مما يندرج تحته فيصح حمله عليها في جواب ما هو . انظر : دراسات في المنطق القديم ٤١ ، للدكتور حسن محرم الحويني .

(٢) انظر : بدائع الصنائع (٥/٢١٤٣) ، شرح فتح القدير (٤/١١٥) .

(٣) النساء : ٢٥ . أي أن الحبس لم يسم في عرف الشرع عذابا وقد سمي الحد عذابا . انظر : الحاوي (١١/٣٠) .

(٤) انظر : بدائع الصنائع (٥/٢١٤٢) .

(٥) انظر : مغني المحتاج (٣/٣٨١) ، المغني لابن قدامة (٧/٤٤٥) .

(٦) انظر : بدائع الصنائع (٥/٢١٤٢) . وذلك لأن الحد إنما يجب لظهور كذبه في القذف وبالامتناع عن اللعان لا يظهر كذبه إذ ليس كل من امتنع عن الشهادة ، أو اليمين يظهر كذبه فيه ، بل يحتمل أنه امتنع صونا لنفسه عن اللعن أو الغضب . انظر : بدائع الصنائع (٥/٢١٤٢) .

(٧) انظر : بدائع الصنائع ٢١٤٢ .

(٨) أي : دفع العذاب عندنا يقتضي توجه العذاب لا وجوبه ، وحينئذ يحتمل أن يكون المراد الحبس ، إذ إن الحبس سمى عذابًا ، وعند المخالف أن دفع العذاب هو المتوجه عليها بلعانه وهو الحد ، ولأنه بلعانه حقق زناها فوجب الحد . انظر : بدائع الصنائع (٥/٢١٤٣) ، مغني المحتاج (٣/٣٨١) ، المدونة (٣/١١٢) ، المغني (٧/٤٤٥) .

(٩) سورة النور : الآية ٤ .

يَبْخَلُونَ بِمَآ ءَاتَىٰهُمُ ٱللَّهُ مِن فَضْلِهِۦ هُوَ خَيْرًا لَّهُم ﴾ (١) .

٢٤٧٧٥ - وهو يرجع إلى المصدر الذي هو البخل (٢) . فلم يجد للبخل ذكرًا . فعلم أنه أراد بقوله ﴿ يَبْخَلُونَ ﴾ البخل ، كذلك هاهنا . قوله المراد به الرمي ﴿ وَيَدْرَؤُاْ عَنْهَا ٱلْعَذَابَ ﴾ (٣) يرجع إلى الرمي المذكور ، وذلك عذاب لأنه شهادتها ، والله تعالى يعتبر على الشيء وجه الفحش (٤) معناه كقوله : ﴿ فَٱجْتَنِبُواْ ٱلرِّجْسَ مِنَ ٱلْأَوْثَٰنِ ﴾ (٥) والدليل على أن الرمي سمي عذابًا ما ورى عن النبي ﷺ أنه قال في المخبل السعدي وكان شاعرًا يهجو الناس ما هو إلا عذاب يصبه الله على من يشاء من عباده ، وقد أجرت العرب اسم مجرى الجراح بالسلام . فقالوا : « والقول تنفذ مالا تنفذ الآية » (٦) . وقد جاء في الأثر أن الشيطان قال لامرأة أيوب (٧) عليه السلام حين ابتلى : لو قال هذه الكلمات لزال ما به وذكر في بعضها (٨) كفرًا فذكرت ذلك له فقال : ﴿ أَنِّى مَسَّنِىَ ٱلشَّيْطَٰنُ بِنُصْبٍ وَعَذَابٍ ﴾ (٩) .

٢٤٧٧٦ - فسمى ذلك الكلام عذابًا فعلى هذا الوجه تتناوله الآية ، وهو يرد العذاب إلى المذكور ، وقد تقدم وهو الرمي .

---

(١) سورة آل عمران : الآية ١٨٠ .

(٢) البخل والبخول بضمهما كنجم وعتق معناه ضد الكرم من بخل كفرح . انظر : المحيط (٣٣٣/٣) ، باب اللام . فصل الباء .

(٣) سبق تخريج آيتها .

(٤) الفاحشة معناها الزنا وما أشتد قبحه من الذنوب ، وكل ما نهى الله ﷻ عنه . فاحش وفحاش وأفحش . قال الفحش وتفاحش أتى به وأظهره . انظر : المحيط (٢٨٢/٢) ، باب الشين وفصل الفاء .

(٥) سورة الحج : الآية ٣٠ .

(٦) وقال مثله في الأنبياء حياتهم قصصهم . لعبد الصاحب الحسنى العاملي : فقال الله سبحانه وتعالى : « يا أيوب نفذ فيك علمي وسبقت رحمتي غضبي ، إن أخطات فقد غفرت لك ورددت عليك أهلك ومالك ومثلهم معهم لتكون لمن خلفك آية وتكون عبرة لأهل البلاء وعزاءً للصابرين » . انظر : الأنبياء حياتهم قصصهم لعبد الصاحب الحسنى العاملي ٢٤٦ .

(٧) هو ابن موسى بن رزاح بن رعوايل بن العيص بن إسحاق بن إبراهيم خليل الرحمن عليه السلام وأمه بنت لوط ﷺ ، وكان مقره في أرض حوران في بلاد الشام والبثنية من أعمال دمشق والجابية ، وكان كثير المال والولد فابتلاه الله في نفسه وماله وولده فصبر صبرًا جميلًا ، ثم رد الله عليه صحته وجمال صورته وقوته . ويقال سمى أيوب لأوب صحته وأهله وماله وولده ورجوعهم عليه بعد أخذهم منه . انظر : الأنبياء حياتهم قصصهم لعبد الصاحب الحسنى العاملي ٢٣٦ .

(٨) في (ص) [بعضهم] والأصوب ما أثبتناه .

(٩) سورة ص : الآية ٤١ .

٢٤٧٧٧ - فإن قيل : هذا مجاز لأنكم حملتم الفعل على المصدر .

٢٤٧٧٨ - قلنا : صحيح لأن النبي ﷺ قال : « ادرأوا الحدود بالشبهات »[١] فإذا عرض دليل الحد بوجه يوجب سقوطه صار شبهه فيدرأ به استعمالها ، على أن القتل حد الله[٢] .

٢٤٧٧٩ - قالوا : حجة يسقط بها موجب القذف عن القاذف ، فيتحقق بها الزنا على المقذوف ، أصله إذا أقام البينة[٣] .

٢٤٧٨٠ - قلنا : قولكم حجة لا تصح[٤] ، لأن القاذف يجبر على اللعان[٥] ولو كان حجة له وقف على اختياره ولم يحصر عليه ، كما لا يجبر على إقامة البينة . وقولهم يسقط بها موجب القذف لا نسلم أن موجب القذف الحد فسقط باللعان . ولأن اللعان إذا سقط سقط على غيره لأن ما يسقط الحد يستدعى لسقوطه الحد ولا يستدعى إيجابه[٦] .

٢٤٧٨١ - والمعنى في البينة أن الحد لما وجب بها لم يملك بلعانه الحد ، ولم يسقط بلعانها إنما يتحقق الزنا على الأجنبية فلذلك تحقق على الزوجة . واللعان لا يحقق الزنا على الأجنبية كذلك لا يحققه على الزوجة[٧] .

---

(١) حديث أخرجه الإمام البيهقي من رواية على في سننه الكبرى مع الجوهر النقي في كتاب الحدود (٢٣٨/٨) ، وقال هذا الإسناد ضعيف ، انظر : نيل الأوطار (١٢٨٧/٤) .

(٢) الحد لا يجب مع الشبهة . فكيف يجب مع الاحتمال . ولأن الاحتمال من اليمين بدل ، والإباحة لا تجرى في الحدود . انظر : بدائع الصنائع (٢١٤٢/٥) .

(٣) لأن ما ثبت ببينة الزوج ثبت بلعانه كالحبس ، فجاز أن يجب به الحد على زوجته كالبينة . انظر : الحاوي (٣٠/١١) .

(٤) أي : دليل المخالف بالشبهات أن حمل الفعل على المصدر لا يكون حجة . لأنه يعرض له الشبهات والاحتمال والحدود تدرأ بالشبهات . انظر : بدائع الصنائع (٢١٤٢/٥) .

(٥) حيث إن الواجب على المرأة إذا لاعن الزوج هو حد الزنا . ولها أن تخلص نفسها عنه باللعان ، حتى إن للمرأة أن تخاصمه إلى الحاكم وتطالبه باللعان . وإذا طالبته يجبر الزوج عليه ، ولو امتنع يحبس لامتناعه عن الواجب عليه كالممتنع من قضاء الدين ، فيحبس حتى يلاعن أو يكذب نفسه . انظر : بدائع الصنائع (٢١٤٢/٥) .

(٦) أي : أن موجب القذف يسقط بغير القاذف عند المخالف فيما إذا ثبت بالشبهات لأن ما ثبت بلعانه كما ثبت بالبينة ، فجاز أن يجب به الحد على زوجته وهذا غير صحيح لأن ما وجب من الحد في القذف غير ما وجب في اللعان ، فلم يسقط أحدهما الآخر . انظر : شرح فتح القدير (١١٦/٤) .

(٧) يرد المصنف هنا اعتراض المخالف من أن اللعان لا يثبت به الحد لأنه لو ثبت به لما سقط بلعانها ولكنه سقط بلعانها فيما إذا تلاعنا ، وكذا إذا أقامت عليها البينة فوجب الحد بها ، ولا يوجب باللعان .

٢٤٧٨٢ – قالوا : اللعان حقها فلا يجوز أن تحبس إذا امتنعت [١] .

٢٤٧٨٣ – قلنا : اللعان عندنا حق لله ، ولهذا تجبر عليه ، ولو كان حقها لم يجبر ولأن ما يحبسها للامتناع لكن يحقق عليها التهم ، وقد روى أن النبي ﷺ حَبَسَ رَجُلًا في تُهْمَةٍ [٢] .

٢٤٧٨٤ – قالوا : كل متحالفين في البيع [لا يحبس من يمتنع منهما] [٣] .

٢٤٧٨٥ – قلنا : اللعان عندنا شهادة مؤكدة باليمين [٤] . فكيف نسلم أنهما تحالفا . ولو سلمناها لمعنى في البيع أن المنازعة فيما يصح بدله . فلذلك لزم بالنكول والحد لا يصح بدله فلم يزل بالنكول .

* * *

(١) انظر : المهذب (١٦٣/٢) ، تكملة المجموع (٤٥٢/١٦) .

(٢) أخرجه أبو داود في سننه في باب الحبس في الدين وغيره من كتاب الأقضية (٤٢٧/٣ ، ٣٦٣) ، والنسائي في سننه الكبرى في كتاب قطع السارق (٣٢٨/٨ ، ٧٣٦٢) .

(٣) ما بين المعكوفتين زيادة واجبة لتمام المعنى . الحاوي للماوردي (٣٠/١١) .

(٤) انظر : شرح فتح القدير (١١٢/٤) ، حاشية ابن عابدين (٤٨٢/٣) .

مسألة ١٢١٢

كون القاذف عبدا أو كافرا أو محدودا في القذف

٢٤٧٨٦ - قال أصحابنا : العبد والكافر والمحدود في القذف إذا قذفوا زوجاتهم لم يجب اللعان ، وكذلك المرأة والأمة والكافرة والمحدودة . فالذي نعتبره في الزوج أن يكون من أهل الشهادة على المسلمين وفي المرأة أن تكون من أهل الشهادة ، وممن يحد قاذفها [١] .

٢٤٧٨٧ - وقال الشافعي : كل زوج يصح طلاقه يصح لعانه [٢] .

٢٤٧٨٨ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ﴾ [٣] الآية .

٢٤٧٨٩ - ظاهره أن الزوج الكافر والعبد إذا قذف زوجته المحصنة ولم يقم بينة أن يجب عليه الحد [٤] .

٢٤٧٩٠ - فإن قيل : آية اللعان متأخرة عنها وهي خاصة [٥] .

---

(١) وافقه الإمام أحمد في رواية مختصر الطحاوى ، انظر : المبسوط للسرخسي (٤٠/٧ ، ٤١) ، بدائع الصنائع (٢١٤٨/٥) ، شرح فتح القدير (١١٦/٤) ، حاشية ابن عابدين (٤٨٣/٣) ، البناية في شرح الهداية (٧٢٩/٤) ، اللباب (٥٣٨/٢) ، المغني لابن قدامة (٣٩٢/٧) .

(٢) وافقه الإمام مالك وأحمد في رواية . انظر : المدونة الكبرى (١٠٦/٣) ، بداية المجتهد (٨٩/٢) ، الشرح الصغير (٦٥٧/٢ ، ٦٥٨) ، الأم للشافعي (٢٨٦/٥) ، المهذب (١٥٩/٢) ، مغني المحتاج (٣٧١/٣ ، ٣٧٨) ، روضة الطالبين (٣٣٤/٨) ، شرح المهذب (٤٣٣/١٦) ، المغني لابن قدامة (٣٩٢/٧) ، كشاف القناع عن متن الإقناع (٣٩٥/٥) . ومعنى كونهما أهلا للشهادة عند الحنفية حتى يتلاعنا أن يكونا زوجين ، حرين ، عاقلين ، بالغين ، مسلمين ، ناطقين ، غير محدودين في قذف . فلا لعان بين كافرين ولا من أحدهما عبد ، أو صبي ، أو مجنون ، أو محدود في قذف ، أو كافر ، أو أخرس للشبهة . أما المالكية والشافعية وأحمد في رواية غير ذلك ، لأن اللعان عندهم يمين فيشترط في المتلاعنين أن يكونا مكلفين ، أي بالغين عاقلين سواء كانا مسلمين أم كافرين ، عدلين أم فاسقين ، محدودين في قذف ، أم كان أحدهما كذلك ، إلا أن المالكية يشترطون الإسلام في الزوج فقط لا في الزوجة ، فإن الذمية تلاعن لدفع العار عنها . انظر : البناية في شرح الهداية (٧٢٩/٤) ، بداية المجتهد (٨٩/٢) ، المهذب (١٥٩/٢) ، المغني لابن قدامة (٣٩٢/٧) .

(٣) سورة النور : الآية ٤ .

(٤) انظر : شرح فتح القدير (١١٦/٤) ، حاشية ابن عابدين (٤٨٣/٣) ، البناية في شرح الهداية (٧٢٩/٤) ، اللباب (٥٣٨/٢) .

(٥) أي : آية اللعان متأخرة عن آية القذف . فآية اللعان مخصصة عن عموم آية القاذفين . وهو يراد به الخاص . =

٢٤٧٩١ – قلنا : ﴿ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ ﴾ [١] ومن لم تتناوله الآية الثانية فهو داخل في عموم الأولى [٢] . ولأن الواجب بقذف الزوج كان الحد لظاهر الآية ، ثم أقيم اللعان مقام الجلد في الأزواج ، كما في قصة هلال بن أمية . ومعلوم أن الكافرة والمملوكة لم يدخل قذفهما في الآية الأولى . فلا يثبت اللعان فيهما . ويدل عليه حديث عمرو بن شعيب [٣] عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال : « أربعة لا لعان بينهم ملاعنة اليهودية والنصرانية تحت المسلم ، والمملوكة تحت الحر ، والحرة تحت المملوك » [٤] وهذا نص .

٢٤٧٩٢ – فإن قيل : قال الشافعي . هذا خبر رواه ضعيف عن مجهول : الضعيف عمرو ، والمجهول جده ، لا نعلم هل هو جده محمد بن عبد الله أو عبد الله بن عمرو .

٢٤٧٩٣ – قلنا : أما طعن الشافعي على عمرو بن شعيب فعجب مع رجوعه إلى خبره في زكاة مال اليتيم واعتماده عليه .

٢٤٧٩٤ – قالوا : فإن الدارقطني [٥] روى هذا الخبر عن عمرو بن شعيب عن ابن

= وكل واحدة منهما على ما حكم الله به فيفرق بينهما حيث فرق الله ويجمعان حيث جمع الله . انظر : تقريب التراث الرسالة للإمام الشافعي للدكتور محمد نبيل غنايم (١١٨ ، ١١٩) ، مغني المحتاج (٣٧٨/٣) ، المهذب (١٥٢/٢) ، وشرحه (٣٩١/١٦) ، المغني لابن قدامة (٣٩٨/٧) .

(١) سورة النور : الآية ٦ .

(٢) أي : وما لا يتضمنه في آية اللعان من الشروط تتضمنه أية القذف ككون الزوج أهلًا للشهادة ، والحمل على الحقيقة يجب عند الإمكان ، وكذلك قوله تعالى : ﴿ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ ﴾ آية النور ، أنهم شهداء لأن الاستثناء بعد النفي إثبات . انظر : شرح فتح القدير (١١٣/٤) ، البناية في شرح الهداية (٧٣٠/٤) .

(٣) هو : ابن محمد عبد الله بن عمرو بن العاص القرشي . ويقال أبو عبد الله المدني روى عن أبيه وكل روايته عنه ، وعمته زينب بنت محمد وزينب بنت سلمة ، وطاوس ، وعطاء ، والزهري ، وغيرهم ، وعنه عطاء ، وعمرو بن دينار ، والزهري ، وغيرهم ، وكان يحي بن سعيد القطان يقول : « إذا روى عنه الثقات فهو ثقة يحتج به » ، وقال الذهبي ، وقيل : إن محمد والدشعيب مات في حياة أبيه فرباه جده .
انظر : تهذيب التهذيب (٥٤/٨) ، والكاشف (٢٨٧/٢) ، خلاصة تهذيب الكمال (٢٨٧/٢) .

(٤) أخرجه ابن ماجه بلفظ ما أخرجه هو : أربعة من النساء لا ملاعنة بينهم النصرانية تحت المسلم ، واليهودية تحت المسلم ، والحرة تحت المملوك ، والمملوكة تحت الحر » . انظر : سنن ابن ماجه (٦٧٠/١) ، (٢٠٧١) .

(٥) هو : أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدى بن مسعود البغدادي ، إليه النهاية في معرفة الحديث ذكره الحاكم فقال : « صار أوحد عصره في الحفظ والفهم والورع إمامًا في القرآن والنحو صادفته فوق ما وصف لي » ، وله مصنفات يطول ذكرها . توفي سنة ٣٨٥ هـ . انظر : شذور الذهب (١١٦/٣) ، هدية العارفين أسماء المؤلفين وآثار المصنف (٦٨٣/٥) ، معجم المؤلفين (١٥٧/٧) .

عبد الله الزهري وعن ابن عطاء الخراساني [١] وكل واحد منهما ضعيف [٢] .

٢٤٧٩٥ - قلنا : رواه أبو بكر الرازي [٣] ثابت لإسناده عن معاوية بن صالح [٤] أبي مؤنة عن عمرو ، وقد قال أحمد [٥] إن الخبر إذا اجتمع عليه ضعيفان احتج به [٦] .

٢٤٧٩٦ - فأما روايته عن جده [٧] فقد قيل إنه لا يروى عن جده محمد ، وإنما

---

(١) هو : عطاء بن أبي مسلم أبو أيوب الخراساني محدث روى عن الصحابة مرسلًا كابن عباس والمغيرة بن شعبة وأبي هريرة وعمرو بن شعيب وغيرهم ، وعنه عثمان ابنه وشعبة وإبراهيم بن طهان وغيرهم ، توفي بأريحا سنة ١٣٣ هـ . انظر : تهذيب التهذيب (٢١٢/٧ ، ٢١٣) ، معجم المؤلفين (٢٨٣/٦) ، ميزان الاعتدال (١٩٨/٢) .

(٢) لم أقف على اسمهما في كتب الضعفاء .

(٣) هو : أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الإمام درس الفقه على أبي الحسن الكرخي وتفقه عليه ، وابن يحيى الجرجاني والزعفراني والخوارزمي ومحمد بن أحمد النسفي ، وغيرهم . صنف التصانيف منها أحكام القرآن ، وشرح مختصر الطحاوي ، وأصول الفقه . قال ابن النجار : مات سنة ٣٧٠ هـ . انظر : الجواهر المضيئة (٢٢٠/١) ، الطبقات السنية (٤٧٧/١-٤٨٠) الفوائد البهية ٢٧ .

(٤) هو : معاوية بن صالح بن حديد قاضي الأندلس ، روى عن إسحاق بن عبد الله ويحيى بن سعيد الأنصاري وعبد الرحمن بن جبير ومكحول وعنه الثوري والليث وابن وهب وخلف . وقال أحمد ثقة . توفي سنة ١٥٨ هـ . انظر : تهذيب التهذيب (٢٠٩/١٠ ، ٢١٠) ، سر أعلام النبلاء (١٥٨/٧ ، ١٥٩) ، خلاصة تهذيب الكمال (٤٠/٣) ، تذكرة الحفاظ (١٧٦/١) .

(٥) أحمد بن محمد بن حنبل . . . ، أحد الأئمة الأعلام ، سمع من هشيم بن بشير وعلى بن الماجشون وأبي عبيدة وخلائق غيرهم ، وروى عنه البخاري ومسلم وعبد الرزاق والشافعي، وغيرهم قال إبراهيم الحربي : « ما رأيت أحدًا أعلم بفقه الحديث ومعانيه من أحمد » . مات سنة ٢٤١ هـ . انظر : تذكرة الحفاظ (٤٣١/٢ ، ٤٣٢) ، الجرح والتعديل (٢٩٢/١ ، ٣١٣) ، طبقات الحفاظ (١٨٦ ، ١٩٧) للسيوطي .

(٦) المذاهب في الأخذ بالضعيف ثلاثة : الأول : لا يعمل به مطلقًا ، لا في الأحكام ولا في الفضائل ، حكاه ابن سيد الناس في عيون الأثر عن يحيي بن معين . والظاهر أنه مذهب البخاري ، ومسلم . الثاني : أنه يعمل به مطلقا قاله السيوطي وعزا ذلك إلى أبي داود وأحمد لأنهما يريان ذلك أقوى من رأي الرجال . الثالث : يعمل به في الفضائل وهذا هو المعتمد عند الأئمة . قال ابن عبد البر : « أحاديث الفضائل لا يحتاج فيها إلى ما يحتج به في أحاديث الأحكام » . وقد اشترط كثير من المحققين لقبول الضعيف ثلاثة شروط . أحدها : أن يكون الضعف غير شديد ، فيخرج من انفرد من الكذابين والمتهمين بالكذب ومن فحش غلطه . الثاني : أن يندرج تحت أصل معمول به . الثالث : أن لا يعتقد عنه العمل به ثبوته ، بل يعتقد الاحتياط . انظر : قواعد التحديث من فنون مصطلح الحديث للسيد جمال الدين القاسمى ٩٤ ، ٩٧ .

(٧) محمد بن عبد الله بن عمرو بن العاص عن أبيه وعنه ابنه شعيب وحكيم بن الحارث وغيرهم . قال الذهبي غير معروف ولا ذكر بتوثيق مات سنة ٧٨ هـ . انظر : لسان الميزان (٣٦٤/٧) ، معرفة الثقات للعجلي (٢٤٢/٢) ، ميزان الاعتدال (٥٩٣/٣ ، ٥٩٤) .

يرويه عن جده عبد الله [(١)] خاصة وأكثر أحواله أن يكون مرسلًا [(٢)] .

٢٤٧٩٧ - قالوا : نحمله على المسلم إذا كانت تحته نصرانية فقذفها لم يلزمه الحد بقذفها ولا يلاعن لنفي الحد [(٣)] .

٢٤٧٩٨ - قلنا : عند كثير يلاعنها لنفي التقرير ، والنبي ﷺ نفى اللعان معنى [(٤)] .

٢٤٧٩٩ - قالوا : أربعة لا لعان بينهم يعني لا لعان غيرهم ، حتى لا يظن أن [للرق تأثيرا] [(٥)] في نقصان عدد اللعان [(٦)] .

٢٤٨٠٠ - قلنا : هذا غاية التلبيس أن تذكر النفي وتريد به الإثبات [(٧)] . ثم هذه الفائدة إن كانت للعان العبد ما بقي فائدة لذكر اليهودية والنصراينة ، ولأنه ليس من أهل الشهادة فلا يثبت اللعان بينه وبين زوجته كالصبي والمجنون [(٨)] .

٢٤٨٠١ - فإن قيل : الصبي الذي يعقل يلاعن [(٩)] .

٢٤٨٠٢ - قلنا : بتعيينه على من لا يعقل [(١٠)] . ولا يلزم الفاسق لأنه من أهل الشهادة [(١١)] .

---

(١) هو : عبد الله بن عمرو بن العاص بن وائل بن هاشم وقال النبي ﷺ : « نعم أهل البيت عبد الله وأبو عبد الله وأم عبد الله » . قال أبو هريرة ما كان أحد أكثر حديثًا عن رسول الله ﷺ مني إلا عبد الله بن عمرو ، فإنه كان يكتب وكنت لا أكتب . روى عن النبي ﷺ وعن أبي بكر وعمرو بن عبد الرحمن وغيرهم وعنه أنس بن مالك وأبو أماجة بن سهل وعبد الله بن الحارث وغيرهم ، وتوفي سنة ٥٥ هـ بالطائف وقيل سنة ٦٥ هـ بمصر . انظر : تهذيب التهذيب (٣٣٨/٥ ، ٣٣٩) ، والاستيعاب (٩٥٧/٣ ، ٩٥٨) .

(٢) هو : كل ما لم يتصل سنده إلى النبي ﷺ وأرسله راوٍ من رواته تابعيًا كان أو من دونه إلى النبي ﷺ ، أو سكت فيه عن راوٍ من رواته ، أو أكثر وارتفع إلى من فوقه وكانت صورته لا خلاف فيها . وهو حديث التابعي الكبير الذي لقي جماعة من الصحابة وجالسهم . انظر : مقدمة ابن الصلاح ١٣٠ .

(٣) انظر : الأم للشافعي (٢٨٧/٥) ، روضة الطالبين (٣٣٤/٨) ، بداية المجتهد (٨٩/٢) . قال في الروضة : قذف زوجته الذمية . وترفعا إلينا ولاعن الزوج ، نص الشافعي رحمه الله . أنها لا تجبر على اللعان ولا تحد إذا امتنعت منه حتى ترضى بحكمنا .

(٤) انظر : المبسوط للسرخسي (٥٤/٧) .

(٥) في (ص) : [أن الرق ما بين] ، ولعله تحريف .

(٦) انظر : الأم للشافعي (٢٨٧/٥) ، المهذب (٣٤٨/٢) .

(٧) انظر : المبسوط للسرخسي (٤٠/٧) ، شرح فتح القدير (١١٧/٤) .

(٨) انظر : شرح فتح القدير (١١٦/٤) ، الهداية (٢٤/٢) .

(٩) قال في الحاوي : « نفي جواز لعان الصبي وجهان » (٢٩/١١) .

(١٠) الصبي الذي يعقل من جملة الصبيان الذي ، ولم يصل إلى مرتبة البلوغ في العقل ، فلا يكون أهلا للشهادة .

(١١) لا يجوز قياس هذه المسألة على الفاسق ، لأن الفاسق يكون أهلا للشهادة في التحمل عند أبي حنيفة أما المذكورون فليسوا أهلا للشهادة ، فلا يجوز لعانهم .

بدلالة أنه لو شهد فردت شهادته ثم تاب فأدّاها لـم تقبل (١) . ولو لم يكن من أهلها فسكت كالكافر إذا ردت شهادته ثم أسلم فشهد بها (٢) . ولا يلزم الأعمى ، لأنه من

---

(١) هناك فرق في الشهادة بين التحمل والأداء ، فالتحمل عبارة عن فهم الحادثة وضبطها بالمعاينة أو بالسماع . أما الأداء فهو القيام بالشهادة : المبسوط للسرخسي (١١٢/١٦) ، فلكل واحد من التحمل والأداء شروط .
فيشترط للتحمل ثلاثة شروط :
أولها : أن يكون عاقلا فلا تصح الشهادة من المجنون والصبي .
ثانيها : أن يكون بصيرا قال به الحنفية لأن من شروط التحمل معرفة الخصم ومعاينة المشهود عليه . إلا إن اعتمد ذلك على السمع وحده .
وقال الشافعية : لا يجوز شهادة الأعمى لجواز اشتباه الأصوات وقد يحاكي الإنسان صوت غيره . وقال الحنابلة : تحمل الشهادة تكون بالرؤية والسماع فيجوز للأعمى أن يشهد فيما يتعلق بالسماع كالبيع ونحوه .
ثالثها : معاينة المشهود بنفسه لا بغيره إلا فيما تصح فيه الشهادة بالتسامع مع الناس والاستفاضة . لقوله (للشاهد ﴾ إذا علمت مثل الشمس فاشهد وإلا فدع ﴾ ولا يتم العلم إلا بالمعاينة رواه الخلال في الجامع : بإسناده . فلا يشترط في التحمل البلوغ والحرية والإسلام والعدالة وإنما يشترط جمهور الفقهاء العقل الكامل ، والبصر ، ومعاينة المشهود به ، ويشترط في الأداء عدة شروط ، منها :
(١) أهلية العقل والبلوغ : يشترط أن يكون الشاهد عاقلا بالغا باتفاق الفقهاء . فلا تقبل شهادة من ليس بعاقل إجماعا .
(٢) الحرية : ذهب الجمهور ما عدا الحنابلة إلى عدم قبول شهادة العبد ، دليل الجمهور أن الشهادة فيها معنى الولاية وهو لا ولاية له . واستدل الإمام أحمد بعموم آيات الشهادات .
(٣) الإسلام : اتفق الفقهاء في الشهادة على المسلم على اشتراط كون الشاهد مسلمًا ، فلا تقبل شهادة الكافر على مسلم .
(٤) البصر : يشترط عند أبي حنيفة والشافعية أن يكون مبصرًا ، فلا تقبل شهادة الأعمى لأنه لابد من معرفة المشهود له والإشارة إليه عند الشهادة .
(٥) النطق : ذهب الجميع إلى اشتراط أن يكون الشاهد ناطقًا فلا تقبل شهادة الأخرس وإن فهمت إشارته . لأن الإشارة لا تعتبر في الشهادة .
(٦) العدالة : اتفق العلماء على اشتراط العدالة في الشهود لقوله تعالى : ﴿ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ ﴾ البقرة : ٢٨٢ . وقوله تعالى : ﴿ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾ [الطلاق : ٢] ؛ إذًا فلا تقبل شهادة الفاسق .
(٧) عدم التهمة : أجمع الفقهاء على أن التهمة ترد بها الشهادة ، والتهمة أن يجلب الشاهد إلى المشهود له نفعًا ، أو يدفع عنه ضررًا ، فلا تجوز شهادة الوالد لولده ، والوالد لولده ، ولا شهادة الولد لأبويه ، وأجداده ، ولا شهادة الخصم لخصمه . انظر : مغني المحتاج (٤٤٥/٤) ، المغني لابن قدامة (١٤٨/٩) ، المبسوط للسرخسي (١١٢/١٦) ، شرح فتح القدير (٤٤٦/٦) ، حاشية ابن عابدين (٤٦٢/٥) .
(٢) لأن شرط التحمل وهو كونه أهلا للشهادة : العدالة ؛ فالكفر والفسق مما يقدح في الشهادة لعدم ظهور رجحان جانب الصدق . انظر : المبسوط (٤١/٧) .

أهل الشهادة ، وإن لم يتبين المشهود عليه [١] . ولو أنه عالم بشهادته جاز [٢] ولا يلزم المحدود في القذف إذا تاب لأنه من أهل الشهادة [٣] . ولو كان غير عالم بشهادته ثم ردت ، ورفع إلى القاضي لم يفسخ حكمه [٤] . ولأن الأجنبي لو قذفها لم يحد فإذا قذفها الزوج لم يلاعن كالصغيرة والمجنونة [٥] . ولأنها غير محصنة فلم يجب على قاذفها ما يجب على قاذف / المحصنة .

٢٤٨٠٣ – أصله إذا قذف أجنبي [٦] . ولأن الرق نقص يؤثر في الولاية فيمنع وجوب اللعان كالصغير والمجنون . ولأن لفظ الشهادة تختص بالحاكم فلا يصح من العبد كالشهادة [٧] بالحقوق .

٢٤٨٠٤ – احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ ﴾ [٨] .

٢٤٨٠٥ – قلنا : استثناء الزوج من الشهداء يدل على أنه منهم ، لأن المستثنى من جنس المستثنى منه [٩] والكافر والعبد ليسا من أهل الشهادة فلم تتناولهما الآية [١٠] . ولأنه قال : ﴿ وَٱلْخَٰمِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ ٱللَّهِ عَلَيْهِ إِن كَانَ مِنَ ٱلْكَٰذِبِينَ ﴾ [١١] . والكافر لا وجه في استحقاقه اللعنة لكذبه في القذف ، وإنما يختص بهذا المسلم فثبت أن الآية لم تتناول الكافر ، لأنه تعالى قال : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ﴾ [١٢] . ثم قال : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ

---

(١) انظر : شرح فتح القدير (١١١/٤) ، والبناية في شرح الهداية (٧٢٨/٤) .

(٢) أي : جاز قضاؤه . انظر : البناية في شرح الهداية (٧٢٨/٤) .

(٣) أي : يختلف عنهم المحدود إذا قذف زوجته بعد أن تاب فلعانه جائز لأنه من أهل الشهادة في التحمل ، إلا أن أبا حنيفة لا يقبل شهادته ، ولو تاب . انظر : المبسوط (٤١/٧) .

(٤) انظر : البناية في شرح الهداية (٧٢٨/٤) ، المبسوط (٤١/٧) .

(٥) شرح فتح القدير (١١٧/٤) ، أي لا يحد إذا كانت غير محصنة كالصغيرة والمجنونة .

(٦) وقال في المبسوط : قذف الأجنبية إذا لم تكن محصنة لا يوجب الحد فكذلك قذف الزوج زوجته إذا لم تكن محصنة لا يوجب اللعان . انظر : المبسوط للسرخسي (٤٠/٧) .

(٧) انظر : المبسوط للسرخسي (٤٠/٧) ، شرح فتح القدير (١١٧/٤) .

(٨) سورة النور : الآية ٦ .

(٩) وذلك تنصيص على اشتراط أهليه الشهادة فيهما ، وفي الآية إشارة إلى هذا فإنه قال ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم ، والمراد بالشهداء من يكون أهلا للشهادة مطلقًا ، والمستثنى من جنس المستثنى منه . وقال تعالى : ﴿ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ ﴾ . وهذا شأن شهادة شرعية . انظر : المبسوط (٤٠/٧) .

(١٠) انظر : المبسوط (٤٠/٧) .

(١١) سورة النور : الآية ٧ .

(١٢) سورة النور : الآية ٤ .

أَزْوَٰجَهُمْ ﴾ [١] . فخصهم من جملة العموم الأول [٢] . وهذا يقتضي أن يكون الإحصان شرطا في الزوجات كما هو شرط في الأجنبيات [٣] .

٢٤٨٠٦ – قالوا : اللعان معنى يسقط موجَبَ القذف ، فاستوى فيه الحر والعبد كإقامة البينة بالزنا [٤] .

٢٤٨٠٧ – قلنا : اللعان عندنا موجَبٌ بالقذف ، فإما أن يسقط به الموجَبُ فلا . ولأن البينة إذا قامت فالزوج مشهود له [٥] وصفات المشهود له غير معتبرة في الشهادة . وإذا لاعن فهو الشاهد فوجب أن تعتبر صفاته [٦] كما تعتبر صفة الشاهد بالزنا ، ثم نقلب . فنقول فشرط صحة القذف فيه الإسلام والحرية . أصله إقامة البينة [٧] .

٢٤٨٠٨ – قالوا : كل زوج صح طلاقه أو صح قذفه أو صحت يمينه صح لعانه . أصله الحر المسلم [٨] .

٢٤٨٠٩ – قلنا : اللعان لا يجوز اعتباره بالطلاق ، بدلالة أن المختلة عندنا يلحقها الطلاق ، ولا يلحقها اللعان ، والصغيرة والمجنونة يلحقهما الطلاق دون اللعان [٩] . والمعنى في الحر المسلم أنه من أهل الشهادة على المسلمين . والعبد والكافر بخلافه [١٠] .

٢٤٨١٠ – قالوا : اللعان ثبت لضرورة حاجة الزوج إلى نفي النسب ، فهذا المعنى موجود في العبد والكافر [١١] .

٢٤٨١١ – قلنا : اللعان حق المرأة تنفي به شين القذف عنها ، ولهذا ثبت

---

(١) سورة النور : الآية ٦ . (٢) انظر : بدائع الصنائع (٢١٤٩/٥) .

(٣) انظر : شرح فتح القدير (١١٢/٤) ، حاشية ابن عابدين (٤٨٣/٣) ، « لأن اللعان قائم في حقه مقام حد القذف وهو يقتضي إحصانها » .

(٤) انظر : المهذب (١٥٢/٢) ، روضة الطالبين (٣٢٧/٨ ، ٣٢٨) ، المغني لابن قدامة (٤٠٤/٤) .

(٥) انظر : بدائع الصنائع (٢١٤٧/٥) .

(٦) الحرية ، والعقل ، والبلوغ ، والإسلام ، وعدم الحد في القذف شروط لوجوب اللعان . انظر : بدائع الصنائع (٢١٤٧/٥) .

(٧) انظر : المبسوط للسرخسي (٤٠/٧) ، شرح فتح القدير (١١٢/٤) ، البناية في شرح الهداية (٧٣٠/٤ ، ٧٣١) .

(٨) انظر : الأم للشافعي ٢٨٦/٥ ، الحاوي للماوردي ١٢/١١ ، المغني لابن قدامة ٣٩٤/٧ .

(٩) الشروط المعتبرة في الطلاق غير الشروط المعتبرة في اللعان .انظر : فتح القدير (٤٨٧/٣) ، تحفة الفقهاء (٣٢٧/٢) . (١٠) انظر : تحفة الفقهاء (٣٢٨/٢) .

(١١) انظر : مغني المحتاج (٣٦٧/٣) ، روضة الطالبين (٣١/٨) .

بمطالبتها[١] . فإن لم يكن لها ولد ثم يقذف الزوج يلاعن ، ولا يقدر على نفي النسب فعلم أن اللعان وضع لما ذكرنا [٢] .

٢٤٨١٢ - قالوا : تحالف في عقد فاستوى فيه العبد والحر كالتحالف في البيع [٣] .

٢٤٨١٣ - قلنا : اللعان عندنا شهادة وليس تحالفا ، ولأن التحالف لا يختص بلفظ الشهادة واللعان لفظ يختص بالحاكم فلم يصح من العبد والكافر [٤] .

* * *

(١) انظر : الهداية (٢/٢٣) .

(٢) أي : أن اللعان لضرورة نفي النسب من جهة الزوج غير صحيح لأنه إذا لم يكن لها ولد فلا يثبت ذلك النفي لعدمه ، فإذا قذفها بالزنا ، لاعن لضرورة أن يندفع عنه عار الزنا .

(٣) انظر : الحاوي للماوردي (١١/٣٠) .

(٤) انظر : بدائع الصنائع (٥/٢١٥٠) ، شرح فتح القدير (٤/١١٢) ، البناية في شرح الهداية (٤/٧٢٨) .

مسألة ١٢١٣

اللعان شهادة أو يمين

٢٤٨١٤ – قال أصحابنا : اللعان شهادة أقيمت مقام [حلفهما بالله أكدت] (١) باليمين (٢) .

٢٤٨١٥ – وقال الشافعي : اللعان يمين (٣) .

٢٤٨١٦ – لنا : قوله تعالى : ﴿ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ ﴾ (٤) . وقال : ﴿ وَيَدْرَؤُا عَنْهَا ٱلْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ ﴾ (٥) ولا يقال : فلما قال ﴿ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ ﴾ (٦) دل على أنه يمين (٧) لأن الشهادة لا تقف على ذكر الله . واليمين يكون بلفظ الشهادة (٨) . قال الله تعالى : ﴿ قَالُوا۟ نَشْهَدُ إِنَّكَ لَرَسُولُ ٱللَّهِ ﴾ (٩) .

٢٤٨١٧ – قلنا : الشهادة وبدء الكلام مؤكدة باليمين قال الله تعالى : ﴿ فَيُقْسِمَانِ بِٱللَّهِ لَشَهَٰدَتُنَآ أَحَقُّ مِن شَهَٰدَتِهِمَا ﴾ (١٠) فإذا أكد اللعان باسم الله تعالى فقد بدل ما كانت الشهادة عليه (١١) ،

---

(١) مطموسة في (ص) بهامش (ص) اجتهدنا في إثباتها على هذا النحو . وانظر : نيل الأوطار (٢٧٤/٣) .

(٢) انظر : المبسوط للسرخسي (٤٠/٧) ، بدائع الصنائع (٢١٥٠/٥) ، شرح فتح القدير (١١٢/٤) ، حاشية ابن عابدين (٤٨٢/٣) ، البناية في شرح الهداية (٧٢٨/٤) ، اللباب (٥٣٧/٢) . وبه قال الإمام أحمد في رواية . انظر : المغني لابن قدامة (٣٩٢/٧) ، وما بعدها .

(٣) انظر : الحاوي الكبير (١٢/١١) ، مغني المحتاج (٣٧٤/٣) ، المهذب (١٥٣/٢) ، روضة الطالبين (٣٣٤/٨) . ووافقه الإمام مالك وأحمد في رواية . انظر : بداية المجتهد (٨٩/٢) ، المغني لابن قدامة (٣٩٢/٧) ، كشاف القناع عن متن الإقناع (٣٩٥/٥) .

(٤) سورة النور : الآية ٦ .

(٥) سورة النور : الآية ٨ .

(٦) سورة النور : الآية ٦ .

(٧) أي أن هذه الآية تدل على الشهادة لا على اليمين ، وذلك من وجهين : أحدهما : أنه تعالى سمى الذين يرمون أزواجهم شهداء لأنه استثناهم من الشهداء بقوله تعالى : ﴿ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ ﴾ والمستثنى من جنس المستثنى منه . والثاني : أنه سمي اللعان شهادة نصا بقوله تعالى : ﴿ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ ﴾ والخامسة أي الشهادة الخامسة . انظر : بدائع الصنائع (٢١٥١/٥) ، شرح فتح القدير (١١٢/٤) .

(٨) انظر : بدائع الصنائع (٢١٥١/٥) ، البناية في شرح الهداية (٧٣٠/٤) ، المغني لابن قدامة (٣٩٣/٧) .

(٩) سورة المنافقون : آية ١ .

(١٠) المائدة : ١٠٦ .

(١١) أي : فإذا بدل لفظ الشهادة بحلف ونحوه ، أو الغضب لم يصح ، وأنه يعتبر قد ترك الشهادة . انظر : البناية في شرح الهداية (٧٤٠/٤) ، المغني لابن قدامة (٤٣٧/٧) .

وذلك لا يخرجه من أن يكون شهادة [١] . ولأنه لفظ شهادة يختص بالحاكم كسائر الشهادات [٢] . ولأن حكم القذف يسقط به كالشهادة بزنا المقذوف [٣] . ولأن الحد لا يستوفي بالقذف الصحيح مع وجود البينة [٤] ولا يختص بلفظ الشهادة كسائر الشهادات وهذا الوصف على قول الشافعي [٥] .

٢٤٨١٨ - ومن أصحابه من التزمه فقال : يصح اللعان بقوله أحلف وأقسم [٦] . وهذا مخالف للقرآن لأن اللّٰه تعالى قال : ﴿ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ ﴾ [٧] وقال : ﴿ وَيَدْرَؤُا عَنْهَا ٱلْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ ﴾ [٨] ومخالف للسنة لفضل النبي ﷺ لأنه لاعن بين هلال بن أمية وبين امرأته بلفظ الشهادة [٩] ولو كان مخيرًا بين الألفاظ لبين ذلك لأنه لا يؤخر البيان عن وقت الحاجة [١٠] .

٢٤٨١٩ - احتجوا : بأن اللعان لو كان شهادة لم يصح من الأعمى والفاسق [١١] .

---

(١) أي : يجوز شهادة الزوج لامرأته ، كما إذا شهدها هو وثلاثة نفر بالزنا جازت شهادتهم وأمضى عليها الحد . انظر : المبسوط للسرخسي (٥٤/٧) ، بدائع الصنائع (٢١٤٩/٥) .

(٢) انظر : بدائع الصنائع (٢١٥١/٥) .

(٣) لأنه رفع حكم القذف فوجب أن يكون شهادة كالبينة ، أو نسخ القذف باللعان فيما إذا حدث بين الزوجين ولم يكن قذفًا . انظر : شرح فتح القدير (١١٢/٤) .

(٤) أي أن الذي يقام عليه الحد فإن موجبه لا يكون هو القذف وإنما الموجِبُ هو اللعان ، لأن القذف جرى بين الزوجين لا بين أجنبيين ، فالموجوب في هذه الحالة هو اللعان .

(٥) انظر : المهذب (١٩٠/٢) .

(٦) اختلف الفقهاء في جواز اللعان بغير لفظ الشهادة على وجهين . أحدهما : يجوز أن يقول : « أحلف باللّٰه وأقسم باللّٰه كما يقول أشهد باللّٰه » في ذلك لأن اللعان يمين فجاز بألفاظ اليمين . ثانيهما : لا يجوز إلا بلفظ الشهادة على ما جاء به النص وهذا في القول الأرجح من المذهب . انظر : البناية في شرح الهداية (٧٤٠/٤) ، بداية المجتهد (٨٩/٢) ، المهذب (١٩٠/٢) ، المغني لابن قدامة (٤٣٧/٧) .

(٧) سورة النور : الآية ٦ . (٨) سورة النور : الآية ٨ .

(٩) انظر : سنن أبي داود (٣٦٩/٢ ، ٣٧٠) ، حديث رقم ٢٢٤٩ .

(١٠) أما تأخير تبليغ الحكم إلى وقت الحاجة فإنه يجوز ، وهو وقت تنجيز التكليف سواء كان موسعًا أو مضيقا ، أما ما ذهب إليه البعض من أنه لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة ، فلا يصح لأن الاشتغال بمثل هذا مما يضيع الوقت ولا تحصل فائدة . انظر : الإبهاج في شرح المنهاج (٢٤٥/٢) ، والمستصفى للغزالي (٤٩/٢) .

(١١) انظر : الحاوي للماوردي (١٣/١١) ، وهذا اعتراض من المخالف : أن اللعان يرجع بناء على أهليته للشهادة فكيف يصح من الأعمى والفاسق وشهادتهما لا تصح ؟ أجاب الحنفية في الفاسق بأنه من أهل الشهادة ولكن لا تقبل شهادته لعدم رجحان جانب الصدق ، ولهذا أمر اللّٰه بالتثبت في خبره ، وأما الأعمى فإنه من أهل الشهادة أيضًا إلا أنه لا تقبل شهادته لنقصان في ذاته ، وهو أنه لا يميز بين المشهود له والمشهود عليه إلا بالصوت . =

٢٤٨٢٠ – قلنا : الأعمى من أهل الشهادة ، وتقبل شهادته عندنا في النسب والنكاح [١] . وإنما لا تقبل فيما لا يتميز فيه المشهود عليه [٢] . وهذا المعنى لا يحتاج إليه في اللعان وأما الفاسق فهو من أهل الشهادة ، بدلالة أن الفاسق لو شهد فردت شهادته ثم تاب فأداها تقبل وإن لم تكن الأولى شهادته قبلت الثانية [٣] . كذلك الكافر إذا شهد ثم أسلم فأعادها [٤] . ولو شهد الفاسق بالزنا لم يجب عليهم الحد ، ولو لم يكن قوله شهادة حدوا كالعبيد [٥] ولو حكم حاكم بشهادة فاسق وهو لا يعلم بحاله ثم علم لم يفسخ عندنا حكمه [٦] .

٢٤٨٢١ – فإن قيل : اللعان يجوز مع حكم الحاكم بفسقه فلو كان ذلك شهادة لم يجز مع العلم .

٢٤٨٢٢ – قلنا : الشهادة على غيره لا تقبل للتهمة وهاهنا غير متهم . فلذلك صحت شهادته مع العلم بفسقه [٧] .

٢٤٨٢٣ – قالوا : لو كان اللعان شهادة لم يصح من المرأة لأن شهادة النساء في الحدود لا تقبل [٨] .

= من هنا وضح بالاتفاق بين الحنفية والشافعية والحنابلة في صحة اللعان من الأعمى والفاسق رغم اختلافهم في أصل اللعان بينهم ، والمالكية قد اتفقوا معهم في الفاسق فقط أما في الأعمى فعندهم وفي قول ضعيف عند الحنفية : لا يصح لعانه بدليل أن اللعان لا يكون إلا بأحد أمرين ، إما رؤية وإما إنكار الحمل . لأن آية اللعان نزلت في هلال بن أمية وكان قال : « رأيت بعيني وسمعت بأذني » فلا يثبت اللعان إلا في مثله . انظر : المبسوط للسرخسي (٤١/٧) ، شرح فتح القدير (١١١/٤) ، حاشية الدسوقي (٤٥٨/٢) ، المهذب (٩٨/٢ ، ١٥٩) ، الحاوي الكبير (١٦/١١) ، المغني (٤٠٣/٧) ، كشاف القناع عن متن الإقناع (٣٩٥/٥) .

(١) انظر : حاشية ابن عابدين (٤٨٣/٣) .

(٢) انظر : المبسوط للسرخسي (٤١/٧) ، شرح فتح القدير (١١١/٤) .

(٣) انظر : شرح فتح القدير (٤٧٥/٦) . (٤) انظر : شرح فتح القدير (٤٧٦/٦) .

(٥) انظر : شرح فتح القدير (١١١/٤) ، حاشية ابن عابدين (٤٨٣/٣) .

(٦) انظر : البناية في الهداية (٧٢٨/٤) ، وحاشية ابن عابدين (٢٨٣/٣) .

(٧) انظر : البناية في شرح الهداية (٧٢٨/٤) . وقال في البناية : « وعليه لو قضى القاضي بشهادة الفاسقين جاز » (٧٢٨/٤) .

(٨) وقال في المهذب : « ولا تقبل شهادة الزوجة في الزنا ، لأن شهادتها دعوى خيانة في حقه فلم تقبل كشهادة المودِع على المودَع بالخيانة في الوديعة ، ولأنه خصم لها فيما يشهد به فلم تقبل ، كما لو شهد عليها أنها جنت عليه . انظر : المهذب (٤٢٢/٢-٤٢٥) .

٢٤٨٢٤ – قلنا : عندنا موجب القذف اللعان دون الحد [١] ، وأيضا يصح هذا على أصلكم أن الحد يجب عليها بلعانه ويسقط بلعانها [٢] . ثم هذا لا يصح . لأن شهادة النساء لا تقبل في إيجاب الحدود وتقبل في إسقاطها . ألا ترى أن أربعة من الشهود لو شهدوا على امرأة بالزنا وشهد النساء أنها بكر درئ الحد عنها [٣] .

٢٤٨٢٥ – قالوا : لو كان اللعان شهادة كان على النساء من النصف على الرجال . وقد تساوي العدد عندنا في شهادة النساء والرجال [٤] ، لأن شهادة المرأة الواحدة عندنا تقبل في الولادة ، وكذلك شهادة الرجل الواحد [٥] .

٢٤٨٢٦ – ولأن العدد يكون على الضعف فيما يعتبر فيه العدد [٦] . واللعان لا عدد فيه . لا يصح من الرجل الواحد ولا يصح لامرأتين ، فتلاعن غير المقذوفة .

٢٤٨٢٧ – فإن قيل : يجب أن يلاعن المرأة عشرة شهادات .

٢٤٨٢٨ – قلنا : الشهادة من المرأة الواحدة لا تخالف شهادة الرجل الواحد [٧] . وإنما يختلف عند الأشخاص فيها وقدمنا أن ذلك غير معتبر في اللعان .

٢٤٨٢٩ – احتجوا : بأن النبي ﷺ لما لاعن بين هلال بن أمية وبين امرأته ، قال إن جاءَتْ به أصيْهب أريسح حمش الساقين فهو لهلال وإن جاءت به أورق جَعْدًا جُمَّالِيًّا خدلَّجَ الساقين سَابِغَ الأليتين فهو للذي رميت به فجاءت به على الصفة المكروهة ، فقال ﷺ لولا ما منعنا من الأيمان لكان لي ولها شأن [٨] .

٢٤٨٣٠ – قلنا : روي لولا ما مضى من الشهادة [٩] وروي لولا ما مضى من كتاب

---

(١) أي : أن موجب القذف ليس شهادة المرأة وإنما هو اللعان ، لأن الحد يجب عليها بلعانه ويسقط بلعانها .

(٢) انظر : كشاف القناع عن متن الإقناع (٣٩٠/٥) .

(٣) انظر : شرح فتح القدير (٤٥٢/٦) . (٤) انظر : الحاوي للماوردي (١٣/١١) .

(٥) تقبل شهادة المرأة الواحدة في الولادة والبكارة والعيوب بالنساء في موضع لا يطلع عليه الرجال ، وبه قال أحمد ، وقال الشافعي يشترط أربعا وقال مالك اثنتين . انظر : شرح فتح القدير (٤٥٢/٦) ، بداية المجتهد (٣٤٨/٢) ، المهذب (٤٢٦/٢) ، المغني لابن قدامة (١٥٧/٩ ، ١٥٨) .

(٦) والدليل عليه قوله تعالى : ﴿ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ ﴾ [البقرة : ٢٨٢] . فأقام المرأتين مقام الرجل . انظر : المهذب (٤٢٦/٢) .

(٧) انظر : البحر الرائق شرح كنز الدقائق (٦١/٧) .

(٨) رواه أحمد بن حنبل في المسند (٢٣٩/١) ، ورواه البيهقي في السنن الكبرى (٣٩٣/٧ ، ٣٩٤) وأبو داود في سننه (٣٧٢/٢ ، ٢٢٥٦) ، وأبو يعلى في مسنده الموصلي (١٢٧/٥ ، ٢٧٤٠) .

(٩) رواه النسائي في سننه الكبرى في كيف اللعان (٣٧٢/٣ ، ٥٦٦٣/١) .

الله [١] وإذا تعارض ذلك سقط التعرض به أو نقول إنها شهادة مؤكدة باليمين ، فلذلك ذكر كل واحد من الأمرين [٢] .

٢٤٨٣١ – قالوا : روي أن النبي ﷺ قال لهلال بن أمية : « قم فاحلف » [٣] .

٢٤٨٣٢ – قلنا : هذا اللفظ لا يعرف ولا يوجد فلو ثبت ما قالوه فلأن اللعان شهادة مؤكدة باليمين ، والشهادة باليمين لا زجر فيها واليمين فيها معنى الزجر ، فعبر بذلك ليقع الزجر دون غيره [٤] .

٢٤٨٣٣ – قالوا : لو كان شهادة لم يصح أن يشهد الزوج لنفسه [٥] .

٢٤٨٣٤ – قلنا : ولو كان يمينا لم يجز أن يحلف ويستحق باليمين في القسامة [٦] ولكان عندكم [٧] .

٢٤٨٣٥ – قالوا : لو كان شهادة ، لاعتبر فيه العدد [٨] .

٢٤٨٣٦ – قلنا : من الشهادات مالا يعتبر فيه العدد كالشهادة بالولادة وبرؤية الهلال . ولأن العدد لا يمكن اعتباره [٩] ؛ ألا ترى أنه عنى غير الزوج لا يلاعن ، فجعل تكرار الشهادة فيه لعدد الشهود . وإذا ثبت أن اللعان شهادة والعبد والكافر ليسا من أهل الشهادة على المسلمين لم يتعلق اللعان بقذفهم [١٠] .

* * *

(١) وهذا ما أخرجه الترمذي في تحفة الأحوذي (٢٦/٢ ، ٢٧ ، ٢٨) رقم ٣٢٢٩ .

(٢) انظر : المبسوط للسرخسي (٣٩/٧) ، شرح فتح القدير (١١٢/٤) .

(٣) أخرجه الإمام البخاري في باب إحلاف الملاعن عن موسى إسماعيل حدثنا جُوَيْرِيَةُ عن نافع عن عبد الله ﷺ أن رجلا من الأنصار قذف امرأته فأحلفهما النبي ﷺ ثم فرق بينهما . انظر : فتح الباري شرح صحيح البخاري (٥٥٧/١٠ ، ٥٣٦) .

(٤) انظر : شرح فتح القدير (١١٢/٤ ، ١١٣) .(٥) انظر : الحاوي للماوردي (١٣/١١) .

(٦) عبارة غير واضحة بهامش (ص) . القسامة لغة : اسم وضع موضع الأقسام . وشرعًا : أيمان يقسم بها أهل محلة أو دار أو غير ذلك وجد فيها قتيل به أثر ، يقول كل منهم والله ما قتلته ولا علمت له قاتلًا . انظر : المصباح المنير ٥٠٣ ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق (٤٤٦/٨) .

(٧) أي : اليمين ؛ فإنه معهود في القسامة لأن الشهادة محلها الإثبات واليمين للنفي ، فلا يتصور تعلق حقيقتيهما بأمر واحد فوجب العمل بحقيقة أمرهما ، ويجاز الآخر وهو الشهادة . انظر : شرح فتح القدير (١١٣/٤) .

(٨) انظر : الحاوي للماوردي (١٣/١١) .

(٩) انظر : شرح فتح القدير (٤٥٣/٦) ، البحر (٦١/٧) .

(١٠) انظر : الهداية (٢٤/٢) .

مسألة ١٢١٤

حد القذف حق الله أم الآدمي

٢٤٨٣٧ - قال أصحابنا : حد القذف حق لله تعالى والمطالبة له حق الآدمي

٢٤٨٣٨ - وقال الشافعي : هو حق للآدمي يصح أن يبرأ منه ويعفو (٢) .

٢٤٨٣٩ - لنا : قوله تعالى : ﴿ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا ﴾ (٣) فخاطب بالجلد من يتوقف عن قبول الشهادة ، وهو الإمام ، ولو كان حقًّا للآدمي لم يقف استيفاؤه على الإمام (٤) .

٢٤٨٤٠ - فإن قيل : عندنا أنه لا حق للآدمي ، لأن الاستيفاء إلى الإمام ؛ فهذا هو الدليل ، لأن حق الآدمي استيفاؤه إليه ، وحقوق الله تعالى حق على الإمام .

٢٤٨٤١ - قلنا : إنما كان الاستيفاء للإمام لأنه يختار سوطا بين السوطين لا يكون جديدا فيقتل ، ولا خلقًا فلا يؤلم ، ويفرق الضرب على الأعضاء (٥) .

٢٤٨٤٢ - قالوا : وكذلك نقول في القصاص / إن الاستيفاء إلى الإمام ويخير الأولياء (٦) .

٢٤٨٤٣ - قلنا : لو قال : اضربني بهذا السوط وفرق الضرب لم يجز ، وإن كان السوط

---

(١) ما عدا قول أبي يوسف في إحدى روايتيه . انظر : المبسوط للسرخسي (١٠٥/٩) ، بدائع الصنائع (٤٢٠١/١٩) ، شرح فتح القدير (٩٧/٥) ، الاختيار لتعليل المختار (٩٥/٤) ، وقال أبو يوسف في رواية أخرى له : حق مشترك بين حق الله تعالى وحق الآدمي ، لا يجب إلا بالمطالبة ويسقط بالعفو ، وما قال به أبو يوسف قال به الإمام مالك أنه من الحقوق المشتركة بين حق الله تعالى وحق الآدمي ، فإن سمعه الإمام وشاهدان وجب بغير مطالبة ، وإن سمعه الإمام وحده لم يجب إلا بالمطالبة ويجوز العفو عنده عنه قبل الترافع إلى الإمام ، ولا يجوز العفو عنه بعد الترافع إليه . انظر : بداية المجتهد (٣٣١/٢) ، حاشية الدسوقي (١٢٣٦/٤) .

(٢) ووافقه الإمام أحمد ، انظر : الحاوي الكبير للماوردي (٩/١١) ، مغني المحتاج (١٥٥/٤) ، المهذب (٣٥١/٢) ، المجموع (٣٠٠/١٨) ، روضة الطالبين (٣٢٥/٨) ، المغني لابن قدامة (٢١٧/٨) .

(٣) سورة النور : الآية ٤ .

(٤) انظر : الحاوي للماوردي (١١/١١) ، مغني المحتاج (١٥٨/٤) .

(٥) انظر : شرح فتح القدير (١٧/٥) ، بدائع الصنائع (١/٩) ، حاشية ابن عابدين (١٣/٤) .

(٦) انظر : الحاوي للماوردي (١١/١١) ، روضة الطالبين ، المغني لابن قدامة (٢١٧/٨) .

قدمه يعتبر .. [١] قد يفرق ، ورضي القاذف بفعل المقذوف وتشديده في الاستيفاء [٢] .

٢٤٨٤٤ – قالوا : اليمين للمدعى [٣] ولا يستوفيها إلا الحاكم [٤] .

٢٤٨٤٥ – قلنا : عندنا أن حكم حكمًا فيستحلف ويتعلق باليمين حكم ولأنها عقوبة يستوفيها الإمام فكانت حقًّا لله تعالى كحد الزنا [٥] .

٢٤٨٤٦ – ولأنها عقوبة سميت حدًّا [٦] في الشرع كحد الزنا ، ولأنها عقوبة شرط فيه الإحصان وتنقص بالرق أو شرع تفرقها على الأعضاء [٧] كحد الزنا وشرب الخمر [٨] ولأنها عقوبة لا يجوز إسقاطها بعوض [٩] فكانت حقًّا لله تعالى كالحد . ولأنها لو كانت حقًّا للآدمي لسقط بالإذن في سببه كالإيلاء والمال والقصاص فلما لم تسقط بالإذن في سببه دل على أنه من حقوق الله تعالى [١٠] .

٢٤٨٤٧ – فإن قالوا : يسقط بالإذن في القذف [١١] .

---

(١) هناك سقط كلمة بهامش (ص) غير مقروءة .

(٢) ذكر الكاساني أن الاستيفاء لابد له من الإمام ، أو من يوليه الإمام . وإنما ثبت له هذا لمصلحة العباد ، صيانة لأنفسهم وأموالهم وأعراضهم ، لأن القضاة يمتنعون من التعرض فلابد من الإمام . انظر : بدائع الصنائع (٤٢٠٥/٩) .

(٣) أصل هذا خبر رسول الله ﷺ : الذي قال : « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ، ولكن البينة للمدعي واليمين للمدعى عليه » .

(٤) انظر : مغني المحتاج (٤٦١/٤) .

(٥) المقيم للحد هو الإمام أو من ولاه ، ولا يجوز لرجل عند جمهور من الفقهاء أن يقيم الحد على مملوكه إلا بإذن الإمام خلافًا لبعض من رأى أنه يجوز له ذلك إذا كان حرًّا مكلفًا عدلا ، فله أن يجلده بغير إذن الإمام . انظر : بدائع الصنائع (٤٢٠٥/٩) ، الهداية (٩٨/٢) ، المهذب (٣٤٥/٢) .

(٦) الحد هو العقوبة المقدرة حقًّا لله تعالى فلا يسمى القصاص حدًّا لأن الغالب فيه أنه حق لآدمي انظر : الهداية (٩٤/٢) .

(٧) لأن الجمع في عضو واحد قد يفضي إلى التلف والحد زاجر لا متلف . انظر : الهداية (٩/٢) .

(٨) انظر : بدائع الصنائع (٤٢٠٢/٩) .

(٩) انظر : بدائع الصنائع (٤١٤٣/٥) ، ويناقش المعترض على هذا : بأنه يسقط بالرجوع بعد الاعتراف وأنه يستوفى من غير طلب بخلاف حد القذف الذي لا يسقط بالرجوع بعد الاعتراف ولا يستوفى إلا بالمطالبة . انظر : الحاوي للماوردي (١١/١١) .

(١٠) حق الآدمي يسقط بالعفو ، أو الإبراء ، أو الصلح ، ولا يسقط بذلك حق الله تعالى ، فلا يقاس على غصب المال والقصاص ، لأن كل ذلك يقبل العوض . انظر : بدائع الصنائع (٤٢٠١/٩) ، البناية في شرح الهداية (١٩٠/٦ ، ١٩١) .

(١١) ، وقال : « على الصحيح لا يسقط ولو بإذن الإمام وخلاف الصحيح يسقط إذا أذن الإمام » . انظر : مغني المحتاج (١٥٧/٤) .

٢٤٨٤٨ - قلنا : أسباب الحقوق إذا أذن فيها الآدمي لم يسقط الحد [١] كالزنا بالمطاوعة [٢] .

٢٤٨٤٩ - فإن قيل : القصاص يسقط بالإذن [٣] .

٢٤٨٥٠ - قلنا : لأن المقطوع قد يكون له عوض صحيح في الإذن ، فلما جاز أن يقع الجرح متاحًا بالإذن ، فأسقط العود فإذا ثبت أنه حق اللّٰه تعالى لم يصح العفو عنه [٤] ولأنه لا يصح العفو عن بعضه مع كونه مما يتبعض فلا يصح العفو عن جملته كالحد [٥] ، ولأن كل عقوبة يجوز العفو عنها بغير عوض يجوز بعوض كالقصاص [٦] لم يصح العفو بعوض ، فدل على أنه لا يصح له [٧] .

٢٤٨٥١ - احتجوا : بقوله ﷺ : « ألا إن حرمة أموالكم كحرمة أعراضكم » [٨] .

٢٤٨٥٢ - قالوا : والمال من حقوق الآدميين كذلك العوض [٩] [١٠] .

٢٤٨٥٣ - قلنا : هل العوض لحرمة اللّٰه تعالى أو الاجتماع في جهة واحدة ؟ [١١] .

٢٤٨٥٤ - قالوا : روي عن النبي ﷺ أنه قال : « أيعجز أحدكم أن يكون كأبي ضمضم [١٢] كان إذا خرج من منزله قال اللّٰهم إني قد تصدقت بعرضي على

---

(١) انظر : بدائع الصنائع (٤٢٠١/٩) ، البناية في شرح الهداية (٢١٨/٦ ، ٢١٩) ، وبدائع الصنائع (٢١٤٣/٥) .

(٢) أي : الحد لا يسقط بالإذن ، كما إذا زنى الصبي أو المجنون بامرأة طاوعته ، فإن الحد لا يسقط عم المرأة قط عليه . انظر : بدائع الصنائع (٤١٥٠/٩) ، شرح فتح القدير (٥٠/٥) .

(٣) انظر : المهذب (٢٣٦/٢ ، ٣٥٢/٢) .

(٤) أي : لأن الغالب في القصاص حق الآدمي فيقبل فيه العفو ويأخذ الدية ، وهذا يخالف الحد في اللعان لأنه حق اللّٰه تعالى فلا يقبل العفو . انظر : بدائع الصنائع (٤٦٣٣/١٠) .

(٥) انظر : بدائع الصنائع (٤٢٠١/٩) ، الهداية شرح بداية المبتدئ (١١٣/٢) .

(٦) انظر : البناية في شرح الهداية (١٥٢/١٢) .

(٧) انظر : بدائع الصنائع (٤٢٠٣/٩) ، الهداية شرح بداية المبتدئ (١١٣/٢) .

(٨) أخرجه الإمام البخاري بلفظه ، انظر : فتح الباري بشرح صحيح البخاري (٦٧٨٥/١٤) ، والإمام أحمد في المسند (٨٠/٣ ، ٤١١/٥ ، ٤١٢) .

(٩) انظر : الحاوي الكبير للماوردي (١٥/١١) .

(١٠) انظر : بدائع الصنائع (٢١٤٣/٥ ، ٤٢٠١/٩) .

(١١) أي مشتركة بين حق اللّٰه تعالى وحق الآدمي ، كما ذهب إليه الإمام أبو يوسف ومالك .

(١٢) أبو ضمضم غير منسوب ، وعن أنس قال : قال رسول اللّٰه ﷺ : « ألا تحبون أن تكونوا كأبي ضمضم قالوا : يا رسول اللّٰه وما أبو ضمضم . قال : إن أبا ضمضم كان إذا أصبح قال اللّٰهم أني قد تصدقت بعرضي =

عبادك »(١) ولو كان لم يجب بهذا العرض حق من حقوق الله تعالى لم تصح الصدقة (٢) .

٢٤٨٥٥ – قلنا : أبو ضمضم لا يقذفه الناس بالزنا وإنما كان يتصدق بذكره بما دون القذف وذلك من حقوق الآدميين ، ولأن القذف والمطالبة مما يجب به من حقوق الآدمي فيجوز [له] (٣) أن يتصدق بما يجب [له] (٤) من المطالبة .

٢٤٨٥٦ – قالوا : حق يجب استيفاؤه على مطالبة آدمي به فكان حقًا للآدمي كالديون (٥) .

٢٤٨٥٧ – قلنا : ينكسر هذا بحد السرقة فإن استيفاءه يقف على مطالبة بالمال والحق لله تعالى (٦) وهذا مسلم على مذهب الشافعي (٧) وإنما قال يجب القطع باعتراف السارق وإن لم يحضر المسروق منه ، وهو غلط لأنه يجوز أن يكون المسروق منه يذكر شبهة تسقط القطع فلا يجوز إيجابه مع الشبهة (٨) ولأن حد القذف يقف على شرائط المقذوف ، وتلك الشرائط لا تثبت إلا على خصم ، منها : الحرية والإسلام والعقل (٩) فلم يكن بدٌّ من مطالبة الآدمي لتثبت الشرائط (١٠) كما أن القطع يقف على مطالبة الآدمي بالمال لأنه شرط في القطع ، ولا يصح ثبوته إلا بخصم (١١) . والمعنى في الأصل

= على من ظلمني » . انظر : الاستيعاب (١٦٩٤/٤) ، الإصابة (١١٢/٤) .

(١) أخرجه ابن السني في عمل اليوم والليلة رقم ٦٢ ، وأبو داود في السنن ٤٨٨٦ ، والخطيب في موضح أوهام الجمع والتفريق (٢٧/١) .

(٢) انظر : الحاوي للماوردي (١٠/١١) ، المهذب (٣٥١/٢) .

(٣ ، ٤) زيادة من (م) ، (ن) .

(٥) انظر : الحاوي للماوردي (١٠/١١) .

(٦) لأن حقه متعلق بالسرقة حتى لا يثبت بدون دعواه ، ولاحتمال أن يهبه المسروق أو يملكه ، فيسقط القطع . انظر : الاختيار لتعليل المختار (٢٩٦/٣) .

(٧) أي : لا يستوفي القطع إلا بمطالبة آدمي . انظر : الحاوي (١١/١١) .

(٨) رد الماوردي في الحاوي قول أبي إسحاق المروزي أنه يجوز للإمام أن يقطع السارق من غير مطالبة إذا ثبت عنده سرقته ورأى جمهور الفقهاء أنه لا يقطع إلا بالمطالبة . انظر : الحاوي (١١/١١) .

(٩) انظر : حاشية ابن عابدين (٤٨٣/٣) ، الاختيار لتعليل المختار (٢٨١/٣) .

(١٠) وهذا بناء على أن الغالب حق الشرع ، ولا خلاف أن فيه حق العبد والشرع ، لأنه شرع لدفع العار عن المقذوف ، وفيه معنى الزجر ولأجله يسمى حدًا لله تعالى . انظر : الاختيار لتعليل المختار (٢٨١/٣) .

(١١) الخصومة شرط صيرورة البينة حجة مظهرة للسرقة ، لأن الفعل لا يتحقق كونه سرقة ما لم يعلم أن المسروق ملك غير السارق ، وإنما يعلم ذلك بالخصومة فكانت الخصومة مظهرة للسرقة وبهذا فإن حد القذف حق الله =

أنه يجوز استيفاء بعضه دون بعض . ولما كان الحد لا يصح استيفاء بعضه مع إمكان إسقاط بعضه دل على أنه ليس لحق الآدمي ، أو نقول المعنى في المال أن استيفاءه بعد ثبوته لا يقف على الإمام فكان حقًّا للمستوفي والحد يقف استيفاؤه على الإمام فكان حقًّا له (١) .

٢٤٨٥٨ - قالوا : حق يجوز للحاكم أن يحكم فيه بعلمه كالأموال (٢) .

٢٤٨٥٩ - قلنا : سائر الحدود لا يقضي فيها بعلمه لأنه المطالب لها ، فإذا قضى بعلمه فكأنه قضى لنفسه وهذا الحد يطالب به الآدمي ، فإذا قضى بعلمه والقضاء وقع لغيره فيجوز القضاء (٣) .

٢٤٨٦٠ - قالوا : الشهود يشهدون بالزنا وهم الخصوم ، فإذا جاز أن يكون الشاهد خصمًا جاز أن يكون القاضي خصمًا ويقضي بعلمه ، كما تجوز شهادة الخصم (٤) .

٢٤٨٦١ - قلنا : المعنى في قولنا : إن الشهود خصوم أن شهادتهم لا تفتقر إلى مدع (٥) فأما أن يكونوا خصومًا في الحقيقة فلا ، وإنما الخصم هو الله تعالى والحاكم قائم مقامه فلا يقضي بعلمه فيما يثبت له استيفاؤه (٦) .

٢٤٨٦٢ - قالوا : وجوب حد القذف يعتبر فيه صفات المقذوف من الحرية

= تعالى ، وحق الآدمي في ذلك إنما هو المطالبة لإقامته ، كما أن القطع في السرقة حق الله تعالى ، والمطالبة لإقامة الحد للآدمي . انظر : بدائع الصنائع (٤٢٦٦/٩ ، ٤٢٠١/٥) ، الاختيار لتعليل المختار (٢٩٦/٣) .

(١) أي : أن حد القذف حق الله عز شأنه على الخلوص كسائر الحدود ، إلا أن الشرع شرط فيه الدعوى من المقذوف ، وهذا لا ينفي كونه حقًّا لله تعالى عز شأنه على الخلوص ، لأن المقذوف يطالب القاذف ظاهرًا وغالبًا دفعًا للعار عن نفسه ، فيحصل ما هو المقصود من شرع الحد كما في السرقة ، ولأن حقوق العباد تجب بطريق المماثلة . انظر : بدائع الصنائع (٤٢٠٣/٩) .

(٢) في أحد قولي المخالف يقيم الإمام الحد بعلمه ، وفي الآخر لا يقيم الإمام الحد بعلمه ، وهو مذهب الحنفية وبه قال مالك وأحمد ، وما ذهب إليه الجمهور هو الراجح لقوله تعالى : ﴿ فَٱسْتَشْهِدُوا۟ عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِّنكُمْ ﴾ [النساء : ١٥] وقوله تعالى : ﴿ فَإِذْ لَمْ يَأْتُوا۟ بِٱلشُّهَدَآءِ فَأُو۟لَٰٓئِكَ عِندَ ٱللَّهِ هُمُ ٱلْكَٰذِبُونَ ﴾ [النور : ١٣] ، انظر : بدائع الصنائع (٤١٩٢/٩) ، بداية المجتهد ٢ ، روضة الطالبين (١٥٦/٨) ، المغني لابن قدامة (٢١٠/٨) .

(٣) انظر : بدائع الصنائع (٤١٩٢/٩) .

(٤) انظر : المهذب (٤٢٠/٢٥) ، روضة الطالين وعمدة المفتيين (١٥٦/١١) .

(٥) أي قبول الشهادة في حقوق العباد بعد التقادم لم يكن لاشتراط الدعوى ، فلا نسلم أن الدعوى شرط للحد لأنه خالص حق الله تعالى والدعوى ليست بشرط فيه ، وإنما شرط للمال وهو حق العبد . انظر : شرح فتح القدير (٥٨/٥) .

(٦) انظر : بدائع الصنائع (٤١٩٨/٩ ، ٤٢٠٤) .

والإحصان ، فدل على أنه من حقوقه [١] .

٢٤٨٦٣ - قلنا : ويعتبر فيها صفات القاذف من العقل والبلوغ ، وإن لم يكن من حقوقه ، وحد الزنا يعتبر فيه صفات الزاني من الإحصان وعدمه [٢] وهو من حقوق الله تعالى ، وكذلك يعتبر في حال السارق وحال المسروق [٣] .

٢٤٨٦٤ - قالوا : عقوبة لا يصح الرجوع عنها بعد الاعتراف بها كالقصاص وكحد الزنا والسرقة ، ومنها ما يصح الرجوع عنها كالذي أقر بإتلاف ستارة الكعبة أو آلة المسجد ، ومن أقر بأن عليه زكاة فلا يمنع أن يكون حد القذف لا يصح الرجوع فيه وإن كان من حقوق الله تعالى .

٢٤٨٦٥ - قالوا : هذه حقوق الآدميين [٤] .

٢٤٨٦٦ - قلنا : هذا يتقرب به إلى الله تعالى ، ويتم القربة فيه غير أنه يتعلق به حق آدمي فدل أنه لحق الله تعالى [٥] والمعنى في القصاص أنه يجوز إسقاطه بعوض ، فكان حقًّا للآدمي [٦] ولما كان حد القذف عقوبة لا يصح العفو عنها بعوض دل على أنها من حقوق الله تعالى [٧] .

٢٤٨٦٧ - قالوا : ما وجب لإلحاق الشين بالغير كان من حقوقه كأرش الشجة [٨] .

٢٤٨٦٨ - قلنا : إذا زنى بمكرهة حُدَّ ، لإلحاق الشين بها والحق لله تعالى ، وإذا سرق مال غيره قطع [اليد] [٩] لإلحاق الشين بماله والحق لله تعالى .

---

(١) انظر : بدائع الصنائع (٤١٩٢/٩) .

(٢) انظر : المهذب (٣٤٩/٢) .

(٣) التشابه بين القذف والزنا يدل على أن كلا منهما حق لله تعالى ، وليس حق آدمي . انظر : الهداية (٩٥/٢ ، ١١٢) .

(٤) انظر : الحاوي الكبير للماوردي (١٠/١١) .

(٥) الرجوع عن الإقرار بالزنا والسرقة والشرب والسكر يسقط الحد ، لأنه يحتمل أن يكون صادقًا في المرجوع ، أما الرجوع عن الإقرار بالقذف فلا يسقط الحد ، لأن هذا الحد حق العبد من وجه ، وحق العبد بعد ما ثبت لا يحتمل السقوط بالرجوع كالقصاص وغيره . انظر : بدائع الصنائع (٤٢١٢/٩ ، ٤٢١٣ ، ٤١٨٩) .

(٦) انظر : البناية في شرح الهداية (١٥٦/١٢) .

(٧) انظر : بدائع الصنائع (٤٢٠٣/٩) ، الهداية (١١٣/٢) .

(٨) انظر : الحاوي للماوردي (١١/١١) ، مغني المحتاج (٣٦٧/٣ (، بداية المجتهد (٣٣٠/٢ ، ٣٣١) .

(٩) زيادة من (م) ، (ن) .

٢٤٨٦٩ - قالوا : لو كان حقًّا للَّه تعالى لم يسقط بموت المقذوف [١] .

٢٤٨٧٠ - قلنا : لم يسقط عندنا وإنما سقطت المطالبة فتعذر الاستيفاء لعدم المطالب ، وإذا ثبت أنه حق للَّه تعالى لم يصح العفو عنه [٢] .

* * *

(١) إذا مات المقذوف قبل استيفائه يرثه كل فرد من الورثة في اتجاه فقهي ، أما في الاتجاه الآخر ، فيرثه جميعهم إلا الزوجين لارتفاع النكاح بالموت . انظر : مغني المحتاج (٣٧٢/٣) .

(٢) عند الحنفية ، أنه إذا كان المقذوف حيًّا وقت القذف ثم مات فليس للولد والوالد حق الخصومة ، بل يسقط لأن القذف أضيف إليه وهو كان محلًّا قابلًا للقذف صورة ومعنى بإلحاق العار به ، فانعقد القذف موجبًا حق الخصومة له خاصة ، فلو انتقل إلى ورثته لانتقل إليهم بطريق الإرث ، وهذا الحد لا يورث فسقط ضرورة . انظر : بدائع الصنائع (٤١٩٩/٩) .

مسألة ١٢١٥

حد القذف لا يورث

٢٤٨٧١ - قال أصحابنا : حد القذف لا يورث [١] .

٢٤٨٧٢ - وقال الشافعي : يورث [٢] واختلف أصحابه فيمن يرثه . قال بعضهم : جميع الورثة . وقال بعضهم : العصبات ، وقال بعضهم : من حصل بالقذف طعن في نسبه . واختلفوا إذا عفى بعضهم ، فقال بعضهم لكل واحد أن يستوفي جميع الحد ، ومنهم من قال : يستوفي الباقون مقدار حقهم ، ومنهم من قال : يسقط جميع الحد بعفو الواحد كالقصاص [٣] .

٢٤٨٧٣ - [وهذه المسألة] [٤] مبنية على أن الحد حق الله تعالى ، وهو حق باق فلا يورث حقوقه [٥] ، ولأنه حد لا يورث كحد الزنا [٦] ولأنها عقوبة تجب لمعنى [يجب به] [٧] القدح في النسب كالزنا ، ولأنه لو ورث جاز أن يستوفى بعد موته بغير إذن الإمام كالأموال [٨] ، ولأنه لو انتقل إلى الورثة وهو مما يتبعض جاز لبعضهم أن يستوفي نصيبه خاصة مع إسقاط الباقين لحقوقهم كالأموال [٩] ولأنه حق ليس فيه معنى

---

(١) انظر : المبسوط للسرخسي (٩/١١٢) ، بدائع الصنائع (٩/٤١٩٩) ، شرح فتح القدير (٥/٩٤) ، البناية في شرح الهداية (٦/٣٣٣) ، وبه قال الإمام أحمد . انظر : المغني لابن قدامة (٧/٤٧) .

(٢) انظر : الحاوي (١١/٢٦) ، المهذب (٢/١٦٣ ، ٣٥٢) ، مغني المحتاج (٣/٣٧٢) ، وروضة الطالبين (٨/٣٢٥) ، لا خلاف بينهم في أن حق المطالبة لأهل الورثة ، إلا أن الخلاف وقع في أسباب الذي يؤدي إلى الطلب ، فعند من قال : أنه لا يورث فالسبب هو إلحاق العار ، وعلى من قال أنه يورث فالسبب هو من حيث الإرث . انظر : شرح فتح القدير (٥/٩٤) ، المهذب (٢/١٦٣) .

(٣) انظر : مغني المحتاج (٣/٣٧٢) ، المهذب (٢/٣٥٢) ، روضة الطالبين وعمدة المفتين (٨/٣٢٦) .

(٤) زيادة في (م) ، (ع) وفي ص [وهي مبينة] .

(٥) انظر : المبسوط للسرخسي (٩/١١٩) ، بدائع الصنائع (٩/٤١٩٩) .

(٦) انظر : شرح فتح القدير (٥/٩٤) .

(٧) ساقطة من (ص) وفي (ن) [يقع به] .

(٨) لأن الخصومة للمقذوف ويشترط لإقامة الحد حضوره ، ولا يجوز التوكيل عند أبي يوسف ويجوز عند محمد وزفر ، والمراد أن حضرة المقذوف بنفسه شرط جواز الاستيفاء ، لأن الاستيفاء عند غيبة الموكل بنفسه استيفاء مع الشبهة والحدود لا تستوفى مع الشبهات ، فلذلك لو كان المقذوف حيًّا وقت القذف ثم مات قبل الخصومة أو بعدها سقط الحد . انظر : بدائع الصنائع (٩/٤١٩٩) .

(٩) لا خلاف في أن الأخوة والأخوات والأعمام والعمات والأخوال والخالات لا يملكون الخصومات ، =

المال والوثيقة كالشرط [١] ، ولأن الشين ينتقل إلى الورثة إذا حصل به عناء أو كان [مما] [٢] يدلي [٣] إلى ذلك ، ولهذا قال ﷺ : « إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة » [٤] ولأنه أحد موجب القذف فلا يؤثر كاللعان .

٢٤٨٧٤ – قالوا : نازعوا في الأصل [٥] .

٢٤٨٧٥ – قلنا : إنه سبب في الفرقة فلا يورث [٦] كالاختيار ولأنه لفظ شهادة يختص بالحاكم فورث بالشهادة كالديون [٧] .

٢٤٨٧٦ – احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ ﴾ [٨] .

٢٤٨٧٧ – قلنا : الحد ليس بمتروك عندنا [٩] . ولأنه تعالى ذكر الميراث فيما يتبعض وينقسم بين الورثة ، وهذا لا يوجد في الحد [١٠] .

٢٤٨٧٨ – احتجوا : بأنها عقوبة لا تتجزأ لإلحاق الشيء بالغير فيورث كالقصاص في الشجاج [١١] .

٢٤٨٧٩ – قلنا : يبطل بمن أكره على الزنا . والمعنى في الأصل أنه حق لا يزول إلى

= وذلك لأن العار لم يلحقهم لانعدام الجزئية والبعضية ، فالقذف لا يتناولهم لا صورة ولا معنى ، واختلف أصحاب أبي حنيفة ﷺ في أولاد البنات هل يملكون الخصومة ، عندهما يملكون ، وعند محمد لا يملكون . انظر : بدائع الصنائع (٩٩/٩ ، ٤١ ، ٤٢٠٠) ، شرح فتح القدير (٩٤/٥ ، ٩٥) .

(١) حد القذف يختلف عن الأموال في الميراث ، فإذا مات أحد الورثة انتقل إلى أهلها الأخرى ، والوثيقة كذلك .

(٢) في (ص) : [ممن] ، وما أثبتناه من (ن) .

(٣) في (ص) : [يدل] وهو خطأ . وقد تكون يؤول إلا أن اللام مضبوطة بالكسرة .

(٤) أخرجه الإمام البخاري في باب الوصايا (٢٥٤/٢) ، والإمام أحمد في المسند (١٧٢/١) .

(٥) أي : قول المعترض أن قول القائل لا يورث يخالف الأصل ، والأصل في غير هذا يورث .

(٦) انظر : بدائع الصنائع (٢٢٥٦/٥) . (٧) انظر : بدائع الصنائع (٤٢٠٤/٩) .

(٨) سورة النساء : الآية ١٢ .

(٩) أي : أن الحق المتروك يورث ، وهذا – يعني الحد – ليس بمتروك ، فلا يورث . انظر : المغني لابن قدامة (٤٠٧/٧) .

(١٠) أي : لأن الحد لا يتبعض ، فلا يجب فيه الميراث ، وذلك لأن الميراث فيما يتبعض . انظر : بدائع الصنائع (٤١٩٩/٩ ، ٤٢٠٠) ، شرح فتح القدير (٩٤/٥ ، ٩٥) .

(١١) انظر : الحاوي للماوردي (٢٦/١١ ، ٢٧) ، مغني المحتاج (٣٧٢/٣) ، الشجاج : الجراح ، وهو مجموع بكسر المعجمة جمع شجة بفتحها . والشجاج شرعًا ، جراحات الرأس والوجه خاصة . انظر : المصباح المنير ٣٠٥ ، القاموس المحيط (١٩٥/١) فصل الشين باب الجيم ، اللباب (٦٢١/٢) ، مغني المحتاج (٢٥٤/٥) .

المال (١) .

٢٤٨٨٠ – قالوا : حق لا يصح الرجوع عنه بعد الاعتراف به فصار كمن قذف ميتًا (٢) .

٢٤٨٨١ – قلنا : يبطل بالمضاربة (٣) والشركة (٤) لأن هناك ثبت الحق للوارث (٥) .

٢٤٨٨٢ – قالوا : هو حق ثبت ابتداء للميت فجاز أن يورث عنه (٦) .

٢٤٨٨٣ – قلنا : لا نسلم ... (٧) .

٢٤٨٨٤ – فإن قيل : لو قذفهم لم يجب الحد إذا لم يكونوا محصنين .

٢٤٨٨٥ – قلنا : لأن القذف لم يصح ، وإذا قذف الميت فقد قدح في نسبهم بقذف صحيح (٨) .

٢٤٨٨٦ – قالوا : وقذف أمه بزنا بعد ولادته يثبت الحد ، وإن لم يقدح في نسبه . ولو قذف أباه أنه زنا الغرامة لم يقدح في نسبه (٩) .

---

(١) إن أكره على الوطء فإنه لا يجب الحد فلا يورث ، كما لا يورث حد القذف ، فإنه يقاس عليه . انظر : بدائع الصنائع (٤١٥٢/٩) .

(٢) انظر : الحاوي للماوردي (٢٦/١١ ، ٢٧) ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج (١٢١/٧) .

(٣) المضاربة لغة : مفاعلة من الضرب في الأرض وهو السير فيها . واصطلاحًا : عقد شركة في الربح بمال من جانب رب المال وعمل من جانب المضارب ، ويقال لمن يقدم المال : رب المال ، أما العامل فيه فيقال له : المضارب (بكسر الراء) . وقد شاع استعمال لفظ المضاربة عند الحنفية والحنابلة ، أما المالكية والشافعية فإنهم يطلقون على هذا العقد لفظ : القراض . انظر : القاموس المحيط (٩٥/١) ، حاشية ابن عابدين (٦٤٥/٥) ، المهذب (٥٠٤/١) ، المغني لابن قدامة (٣٤٦/٤) .

(٤) الشركة لغة : الخلط سمي بها لأنها سببه . وشرعًا : عبارة عن عقد بين المتشاركين في الأصل والربح ، والشركة على ضربين : شركة أملاك وشركة عقود . انظر : لسان العرب لابن منظور (٢٢٤٨/٤) ، اللباب (٣٤٢/٢) .

(٥) أي أنه لو مات المضارب أو المشارك بطلت هذه المضاربة أو المشاركة ، وكذا حد القذف يبطل إذا مات المقذوف ، انظر : اللباب (٣٥٦/٢) .

(٦) أي إذا مات رب المال وأراد الوارث أن يعقد القراض ففيه قولان ، الصحيح لا يجوز لأن القراض قد بطل بالموت ، وهذا ابتداء قراض على غرض لم يجز ، انظر : المهذب : (٥٠٩/١) .

(٧) كلمات غير مقروءة بالهامش ، في سياق رد المصنف على من قال بأن الحق في القذف قد ثبت ابتداء للميت ، كما ثبت للمضارب والمشارك ثم انتقل عنهما لورثتهما .

(٨) انظر : بدائع الصنائع (٤١٩٩/٩) .

(٩) انظر : المهذب (٣٤٩/٢) .

٢٤٨٨٧ - قلنا : غلط من يقدح القذف في نسبه بزيادة يلحقه الشين بقذفه كما يلحقه بقذف نفسه [١] .

* * *

(١) انظر : بدائع الصنائع (٤١٩٩/٩) .

قذف الأخرس

٢٤٨٨٨ - قال أصحابنا : لا يصح قذف الأخرس ولا لعانه . فإن قذفها وهو صحيح ثم خرس لم يلاعن (١) .

٢٤٨٨٩ - وقال الشافعي : يصح قذفه ولعانه (٢) .

والدليل على أن قذفه لا يصح أن الإشارة قائمة مقام الصريح كالكناية (٣) ولأن أكثر أحوال الإشارة أنه يدل على الوطء الحرام من غير شبهة ولو نطق بهذا لم يكن قاذفًا / كذلك إذا دلت عليه الإشارة (٤) أشار ثم قال لم أرد القذف بالزنا قبل منه ، ولو كانت الإشارة محتملة فيصدق فيما يرى بها (٥) ولأنه قذف بغير نطق كالصحيح إذا أشار (٦) .

ب

٢٤٨٩٠ - فإن قيل : لو أقر بقتل العمد اقتص منه ، وإن كان يثبت بالكتابة .

٢٤٨٩١ - قلنا : كان أبو بكر الرازي (٧) يقول إذا أقر بالقصاص لم يقتص منه (٨)

---

(١) وبه قال الإمام أحمد إذا كانت إشارته غير معلومة ، وكذا كتابته انظر : المبسوط (٤٢/٧) ، الهداية (٢٥/٢) ، البناية في شرح الهداية (٧٤٧/٤) ، فتح القدير (١٢٤/٤) ، المغني (٣٩٦/٧) ، كشاف القناع (٣٩٢/٥) .

(٢) هذا إذا كانت له إشارة معقولة أو كتابة مفهومة . انظر : الحاوي للماوردي (٢٣/١١) ، المهذب (١٥٩/٢) ، الروضة للنووي (٣٥٢/٨) ، المجموع (٤٢٤/٦) ، وبه قال الإمام مالك وأحمد إذا كانت إشارته معلومة مفهومة . راجع المغني (٣٩٦/٧) ، المدونة الكبرى (١١٧/٣) ، كشاف القناع (٣٩٢/٥) .

(٣) مراد المصنف أن الإشارة كناية والقذف لا يثبت بالكنايات ، وقد رد الماوردي في الحاوي على هذا القياس فقال : « وأما استدلالهم بأن الإشارة بالقذف كناية ولا يثبت بها فهو أنها كناية من الناطق وصريح من الأخرس ، كما يصح النكاح بإشارته ، وإن لم يصح بالكناية » . انظر : الحاوي الكبير (٢٤/١١) .

(٤) مراد المصنف أنه لابد من التصريح بلفظ الزنا ليكون قذفًا موجبًا للحد أو اللعان ، ولا يتأتى هذا التصريح في إشارة الأخرس ، فإن إشارته دون عبارة الناطق بالكناية انظر : المبسوط للرخسي (٤٢/٧) ، البناية (٧٤٧/٤) وما بعدها .

(٥) انظر : المغني (٣٩٦/٧) .

(٦) انظر : المبسوط (٤٢/٧) ، رد المحتار على الدر المختار (٤٩٠/٣) ، فتح القدير (١٤٢/٤) .

(٧) هو العلامة أحمد بن عليّ أبو بكر الرازي ، أخذ الفقه على أبي الحسن الكرخي وعنه محمد بن يحيي الجرجاني الزعفران والخوارزمي والنسفي ، وغيرهم من التصانيف المغيرة مات عام (٣٧٠ هـ) ، وصلى عليه أبو بكر الخوارزمي . انظر : الجواهر المضية (٢٢٠/١) ، القواعد البهية ٢٧ ، الطبقات السنية (٤٧٧/١) .

(٨) انظر : الاختيار (٢٦٧/٣) .

ويحمل ما قال في الجامع الصغير (ويقتص من الأخرس [١]) على أن القتل ثبت منه فعل هذا الرسول لهم ، ومن أصحابنا من يسلم ذلك وقال : القصاص يجوز أن يقر بصريح اللفظ وما أجري مجرى الصريح لأن من قال ضربته بحديدة وأنا قاصد [٢] موته فالإشارة كاللفظ القائم مقام الصريح .

٢٤٨٩٢ - فإن قيل : إذًا يجب بالقذف ولا احتمال فيه .

٢٤٨٩٣ - قلنا : لو كتب الصحيح لم يكن قذفًا ولولا الاحتمال قبل من الصحيح ، ولأن القذف بالكتابة فرع على القذف بغيرها ، فإذا دللنا على أنه قذفه لا يصح واللعان من حكم القذف الصحيح ، والدليل على أن لعانه لا يصح أنه لا يوجد منه لفظ الشهادة فصار كالصحيح إذا قال أعلم [٣] ولأن الإشارة قائمة مقام الكلام فصار كقوله أعلم [٤] . ولأن شهادة الأخرس لا تصح عندنا ، ومن ليس من أهل الشهادة لا يصح لعانه كالصبي [٥] . والدليل على أن شهادة الأخرس لا تصح قوله تعالى : ﴿ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ ﴾ [٦] والأخرس ليس بمرضى ، ولأن الإشارة محتملة فلا يصح الشهادة بها كاللفظ المحتمل [٧] وإذا ثبت هذا قلنا لفظ شهادة تختص بالحاكم

---

(١) انظر : الجامع الصغير .

(٢) في (ص) [قاصدًا] ويجوز أن يكون المعنى وأنا حال كوني قاصدًا النيل منه فالإشارة كاللفظ ... والمثبت أوضح لهذه الدلالة لأن جملة (وانا قاصد منه ...) قد تعرب حالًا .

(٣) قال في المبسوط « ولأنه لابد من لفظ الشهادة في اللعان ، حتى إن الناطق لو قال : « أحلف » مكان قوله : « أشهد » لا يكون صحيحًا ، فإذا ثبت أنه لابد من لفظ الشهادة وذلك لا يتحقق بإشارة الأخرس » . انظر : المبسوط (٤٢/٧) ، المغني (٣٩٦/٧) ، رد المحتار على الدر المختار (٣٩٠/٣) . وقد رد الماوردي في الحاوي هذا القياس فقال : « وأما الجواب عن استدلالهم بالشهادة فاللعان عندنا يمين ، ويمين الأخرس تصح بالإشارة وبالشهادة : جوزها أبو العباس بن جريج بإشارته فيكون الأصل على قوله غير مسلم : والذي عليه جمهور الأصحاب أنه لا تصح شهادته وإن صح قذفه ولعانه لوقوع الفرق بينهما من وجهين :

١- أن غيره يقوم مقامه في الشهادة ولا يقوم مقامه في القذف .

٢- أن القذف واللعان يختصان به فقضت الضرورة بإمضائه بإشارته كالنكاح والطلاق ، والشهادة لا تختص به فلم تدع الضرورة إلى إمضائه بإشارته . انظر : الحاوي (٢٤/١١) .

(٤) انظر : بدائع الصنائع (١١٥٢/٥) .

(٥) إذا قذف الصبي فلا حد ولا لعان ، وذلك لأن قوله هدر لا يفيد اللزوم ، ولأنه قول لا تحصل به الفرقة ولا يصح من غير مكلف كالطلاق واليمين . انظر : المبسوط (٤٢/٧) ، الهداية (٢٥/٢) ، المغنى (٣٩٤/٧) .

(٦) سورة البقرة : الآية ٢٨٢ .

(٧) شهادة الأخرس مشتبه فيها للاستدلال بإشارته على مراده بطريق غير موجب للعلم ، فتتمكن في شهادته تهمة =

كالشهادة بالديون .

٢٤٨٩٤ – احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ ﴾ (١) (٢) .

٢٤٨٩٥ – قلنا : المراد به الرمي بصريح الزنا . وعندنا أنه لم يرمها بذلك ، لأنه قال فشهادة أحدهم ، والأخرس لا توجد منه الشهادة (٣) .

٢٤٨٩٦ – قالوا : كل زوج صح طلاقه صح قذفه أو صح لعانه كالناطق ، وربما قالوا : زوج صح يمينه (٤) .

٢٤٨٩٧ – قلنا : الناطق يصح طلاقه لأن لعانه يصح فيجعل المعلول علة (٥) ولأن الطلاق يصح بالصريح وغير الصريح ، والقذف لا يصح بغير الصريح فلم يعتبر أحدهما بالآخر (٦) ولأن المعنى في الناطق أنه وجد منه صريح القذف ، والأخرس لم يوجد منه صريح القذف فصار كالناطق إذا قذف بالكتابة (٧) .

٢٤٨٩٨ – قالوا : به ضرورة إلى نفي نسب ولد وليس منه كالناطق . وربما قالوا إنه مأمور بأن ينفي عن نفسه نسبًا ليس منه ويستحيل أن يؤمر بالنفي ولا يصح نفيه (٨) .

٢٤٨٩٩ – قلنا : الظاهر من حال المرأة العفة ، وأنه كاذب عليها ، وكيف نقول إنه مضطر إلى قذفها . وقولهم إنه مأمور بنفي النسب فإنه يؤمر بذلك إذا وجد منه النفي ، فأما إذا عجز عن السبب لم يؤمر ، ألا ترى أن اللّه تعالى نهى عن كتمان الشهادة ، ومن لا تقبل شهادته نحو أن لا يشهد ولا يمنع من الكتمان لأنه لا فائدة في إظهاره (٩) .

= لا يجب اللعان معها . فلا تستوي إشارته مع عبارة الناطق . انظر : المبسوط للسرخسي (١٣٠/١٦) .

(١) سورة النور : الآية ٦ . (٢) انظر : المهذب (١٥٩/٢) .

(٣) انظر : المبسوط (٤٢/٧) ، بدائع الصنائع (١١٥٢/٥) .

(٤) انظر : الحاوي للماوردي (٢٤/١١) ، المهذب (١٥٩/٢) .

(٥) انظر : بدائع الصنائع (١١٥٢/٥) .

(٦) حاصل كلام المصنف هنا أنه فرق بين الطلاق وحد القذف ، فالطلاق يقع بالصريح كقوله أنت طالق ، ومطلقة ، وطلقتك وأنت الطلاق ، وبغير الصريح وهي الكناية ، كقوله أنت بائن ، بتة ، خلية وغير ذلك من ألفاظ الكنايات ، وأما القذف فلا يصح إلا بصريح الزنا ، كقوله يا زاني أو يا ابن الزانية ، ولا يقع بالكناية لأن الكناية محتملة لمعان عدة ، وهذا يورث شبهة تمنع الحد ، انظر : الهداية (١١٢/٢) ، الاختيار (٧٤/٣ ، ٢٨٠) .

(٧) انظر : الاختيار (٢٨٠/٣) .

(٨) انظر : الحاوي الكبير للماوردي (٢٤/١١) .

(٩) في (ص) [الإظهار] .

٢٤٩٠٠ - قالوا : إشارة قائمة مقام النطق بدلالة البيع والنكاح والطلاق [١] .

٢٤٩٠١ - قلنا : هذه العقود ثبتت بالصريح والكناية ، والإشارة تجري مجرى الكناية فقامت مقام النطق بدلالة البيع والنكاح ، فلم يصح بالإشارة القائمة مقام الصريح [٢] [٣] .

* * *

(١) انظر : الحاوي للماوردي (٢٤/١١) .

(٢) انظر : المبسوط للسرخسي (١٤٤/٦) .

(٣) قلت : « وقد استدل الشافعية ومن وافقهم أيضًا بأنه لما صح منه النكاح مع تأكيده بالولي والشاهدين فأولى أن يصح منه ما هو أخف من القذف واللعان ، ولأنه لما صح منه الطلاق مع جواز نيابة وكيله فيه فأولى أن يصح بما لا تجوز النيابة فيه من قذف ولعان ، ولأن الأخرس لا يمنع اليمين فوجب أن لا يمنع من اللعان كالطرش . انظر : الحاوي للماوردي (٢٤/١١) .

مسألة ١٢١٧

إذا رمى زوجته بالزنـا قبل التزويج

٢٤٩٠٢ – قال أصحابنا : إذا رمى زوجته بالزنا قبل التزويج وجب عليه اللعان [١] .

٢٤٩٠٣ – وقال الشافعي : وجب الحد واختلف أصحابه إذا قذفها بزنا قبل النكاح فزعم أنها ولدت في النكاح وأراد نفي الولد فقال : أبو هريرة [٢] يلاعنها وقال المروزي [٣] لا يلاعنها ويحد [٤] .

٢٤٩٠٤ – لنا : قوله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ أَزۡوَٰجَهُمۡ ﴾ [٥] ، ولم يفصل [٦] [٧] ولا يقال إنه زنا وليست زوجته [٨] لأن الرمي اسم مشتق من فعل فيستحيل أن يكون راميًا قبل فعله ، وهو إذا رمي في حال النكاح فكيف يقال إنه رماها قبل التزويج ، ويدل عليه أن عويمر العجلاني [٩] قذف امرأته فلاعن النبي ﷺ بينهما [١٠] ولم يسئل عن الحال التي رماها بالزنا فيها فلو اختلف الحكم لفعل ، ولأن كل زوج من أهل الشهادة إذا حقق

(١) انظر : المبسوط للسرخسي (٥٠/٧) ، بدائع الصنائع (١٤٩/٥) ، شرح فتح القدير (١١٨/٤) ، وبه قال مالك انظر : المدونة (١١٨/٥) . (٢) سبقت ترجمته .

(٣) هو أبو علي الحسن بن الحسين البغدادي ، أخذ الفقه عن أبي العباس بن سريج والمروزي انتهت إليه رئاسة العراقيين ، له من المصنفات شرح مختصر المزني توفي عام (٣٤٥ هـ) انظر : طبقات الشيرازي : ١١٢ ، طبقات العبادي ، طبقات الإسنوي : (٢٩١/٢) .

(٤) وبه قال الإمام أحمد ، انظر : الحاوي الكبير (٣٧/١١) ، المهذب (١٥٨/٢) ، مغني المحتاج (٣٨٣/٣) ، المغني (٤٠٢/٧) ، روضة الطالبين (٣٣٧/٨) .

(٥) سورة النور : الآية ٦ .

(٦) أي : ولم يفصل بين ما إذا كان القذف بزنا بعد الزوجية أو قبلها ، انظر : البدائع (٢١٤٩/٥) .

(٧) قال في الحاوي ردًّا على هذا الاستدلال قال : « الاستدلال بالآية فيما ذكرناه من الاعتبار بحال الزنا دون القذف دليل على أنه قاذف بالزنا لغير زوجته ، فلم يكن فيها دليل » انظر : الحاوي الكبير (٣٧/١١) .

(٨) أي : أن المخالف اعتبر أن القذف رمي بالزنا ، وقد قذفها بزنا هي فيه أجنبية منه ، فلم يجز أن يلاعن به . انظر : الحاوي الكبير (٣٧/١١) .

(٩) هو عويمر بن الحارث بن زيد العجلاني صاحب اللعان ، رمى زوجته بشريك بن السمحاء فلاعن رسول الله ﷺ بينهما سنة تسع من الهجرة انظر : الاستيعاب (١٢٢٦/٣) ، أسد الغابة (٣١٧/٤) ، الإصابة (٧٤٦/٤) .

(١٠) أخرجه البخاري في صحيحه باب اللعان ، ومن طلق بعد اللعان من حديث سهل بن سعد (٧٠٣٣/٥) ، ومسلم في صحيحه كتاب اللعان (١١٢٩/٢) .

الزنا بالبينة حد فإذا لم يحققه لاعن . أصله إذا قذفها بزنا في الحال (١) [ولأنه ألحق الشين بها في حال الزوجية ، فصار كما لو قذفها في الحال] (٢) ولأن القذف الصحيح إذا وجد اعتبر حال ظهوره دون حالة الإضافة . بدلالة أن ابن عشرين سنة إذا قال لابن خمسين سنة زنيت قبل ثلاثين سنة ولو اعتبر بحالة الإضافة استحال أن يكون قاذفًا قبل أن يخلق ، ولا يلزم على هذا إذا قال : زنيت وأنت صغيرة ، لأن هذا ليس بقذف صحيح لأن الصغيرة لا يكون منها الزنا فلا يجب الحد لهذا المعنى لأنا اعتبرنا حال الإضافة (٣) .

٢٤٩٠٥ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ﴾ (٤) (٥) .

٢٤٩٠٦ - قلنا : آية اللعان متأخرة عن هذه الآية وهي خاصة فيقضى بها على العموم على أصل مخالفنا (٦) وعلى أصلنا إذا تأخر الخاص عن العام وجب نسخ بعضه فيقضى بالناسخ على المنسوخ (٧) .

٢٤٩٠٧ - قالوا : آية اللعان نزلت على سبب وهو قذف هلال بن أمية (٨) وذلك كان منها في حال الزوجية (٩) .

٢٤٩٠٨ - قلنا : المعتبر بعموم اللفظ دون خصوص السبب .

٢٤٩٠٩ - قالوا : ذاك إذا تجرد ، فأما إذا عارضه عموم خرج على غير سبب وجب أن يقضى بما خرج على سبب على هذه (١٠) .

٢٤٩١٠ - قلنا : القضاء بالخاص على العام . وإنما أوجب عندكم لأنه أقوى في

---

(١) انظر : بدائع الصنائع : (٢١٤٩/٥) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) إذا قال زنيت وأنت صغيرة فلا حد عليه ولا لعان ، لأن فعل الصغيرة لا يكون زنا شرعًا ، فقد نسبها إلى ما لا يتحقق شرعًا فيكون هذا بمنزلة ما لو نسبها إلى ما لا يتحقق أصلًا بأن قال : « زنيت قبل أن تخلقي » ، ولأن الصغيرة لا يلحقها العار ولا الإثم شرعًا والقذف بالزنا يتعير به المقذوف . انظر : المبسوط (٥٠/٧) .

(٤) سورة النور : الآية ٤ .

(٥) وجه الدلالة من الآية أن هذا في الزنا الذي رميت به أجنبية فحد ولم يلتعن . انظر : الحاوي الكبير (٣٧/١١) .

(٦) قال في البدائع : « وأما آية القذف فهي مقدمة على آية اللعان ، فيجب تخريجها على التناسخ فينسخ الخاص المتأخر العام المتقدم بقدره ، وعند الشافعي يقضى على العام بالخاص بطريق التخصيص . انظر : بدائع الصنائع (٢١٤٩/٥) .

(٧) انظر : بدائع الصنائع : (٢١٤٩/٥) .

(٨) سبقت ترجمته .

(٩) انظر : الحاوي الكبير (٣٧/١١) .

(١٠) انظر : الحاوي الكبير (٣٧/١١) .

تناول الحكم وبيانه . وهذا المعنى موجود وإن خرج على سبب .

٢٤٩١١ - قالوا : قذفها بزنا إضافة إلى حالة لا يلحقه الولد فوجب أن لا يكون له اللعان ، كما لو قذف أجنبية ثم تزوجها (١) .

٢٤٩١٢ - قلنا : لو قذف من لا يكون منها ولد ولا ماسها أو رتقاء لَاعَنَ ، فيبطل هذا الاعتبار . والمعنى في قذف الأجنبية أن قذفه لم يصادف الفراش ، وفي مسألتنا صادف قذفه الفراش وهو من أهل اللعان (٢) .

٢٤٩١٣ - قالوا : غير محتاج إلى اللعان ، لأنه لا معرة عليه في ذلك الزنا ، فصار كقاذف الأجنبية (٣) .

٢٤٩١٤ - قلنا : اللعان حق المرأة ، ولهذا تجب بمطالبتها (٤) فكيف يعتبر في ثبوته حالُ الزوج ؟ ولأن الزوج يلحقه شين بزنا امرأته قبل أن يتزوجها وبعد أن يتزوجها فالحكم في الحالتين واحد ، لأن قاذف الأجنبية لو كانت به حاجة إلى قذفها ، مثل أن يكون ولدها وارثا معه أو يحجبه لم يجب اللعان .

٢٤٩١٥ - قالوا : من قذف شخصًا بزنا مضافًا إلى حاله فالمعتبر بما يتعلق بذلك القذف على القاذف بحال إضافة الزنا لإيجاب ذكر الإضافة ، بدليل أنه لو قال لمعتقته : زنيت وأنت أمه ، ولمسلمة : زنيت وأنت نصرانية ، ولبالغة : زنيت وأنت طفلة وجب الحد (٥) .

٢٤٩١٦ - قلنا : إذا قذف المعتقة والمسلمة فعليه الحد في المسألتين لأنه قذف قذفًا صحيحًا ، إذ الأمة والنصرانية قد يزنيان فوجب الحد اعتبارًا بحال القذف لا بحال الإضافة (٦) وأما إذا قال : زنيت وأنت صغيرة فالقذف لم يصح ، لأن الصغيرة لا يكون منها الزنا ، فلم يجب الحد لأن القذف لا يصح لما ذكره (٧) .

* * *

---

(١) انظر : الحاوي الكبير (٣٧/١١) ، المهذب (١٥٨/٢) .

(٢) انظر : بدائع الصنائع (٢١٤٩/٥) . (٣) انظر : الحاوي الكبير (٣٧/١١) .

(٤) انظر : الهداية (١١٢/٢) ، رد المحتار على الدر المختار (٤٨٤/٣) .

(٥) وفي (ص) (زينب وأنت صغيرة) والمثبت من (م) و (ن) لقطعية دلالته . انظر : الحاوي الكبير (٣٧/١١) .

(٦) انظر : المبسوط (٥٤/٧) . (٧) انظر : المبسوط للسرخسي (٥٠/٧) .

مسألة ١٢١٨

إذا أبان امرأته ثم قذفها بالزنا

٢٤٩١٧ - قال أصحابنا : إذا أبان امرأته ثم قذفها بالزنا حد (١) .

٢٤٩١٨ - وقال الشافعي : إن قذفها بزنا في حال النكاح ، وهناك ولد تلاعنا ونفى الولد (٢) .

٢٤٩١٩ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا۟ ﴾ الآية ولم يفصل (٣) ، ولأنه قذفها وليس بينهما نكاح فصارت كالأجنبية (٤) . ولأنه لو قذفها بغير ولد لم يلاعنها ، كذلك إذا قذفها بإنكار ولد كأم ولده (٥) . ولأن اللعان سبب بقطع الفراش فلا يثبت بعد انقضاء العدة كالطلاق ، ولأن اللعان وضع لقطع الفراش ونفي النسب على طريق التبع ، بدلالة أن اللعان ثبت ولا ولد ، وقد انقطع الفراش فلا معنى لإثبات اللعان (٦) .

٢٤٩٢٠ - احتجوا : بأنه قذف به حاجة إليه ، فوجب أن يكون له تحقيقه باللعان ، كما لو كانت زوجة (٧) .

٢٤٩٢١ - قلنا : اللعان حق لها بدلالة ثبوته بمطالبتها ، فلا معنى لاعتبار حاجة القاذف إليه ، ولأنه إذا سكت عن النفي ثم بان أنه ليس منه فهو محتاج إلى القذف ، كي ينتفى الولد . والمعنى في قاذف الزوجة أن قذفه [قد] (٨) صادف الفراش وهو من أهل الشهادة فكان موجبه اللعان .

٢٤٩٢٢ - قالوا : ولد يلحقه بغير رضاه فكان له سبيل إلى نفيه . أصله ولد الزوجة .

---

(١) انظر : مختصر الطحاوي ٢١٧ ، بدائع الصنائع (٢١٤٩/٥) ، رد المحتار (٤٨٣/٣) .

(٢) وبه قال الإمام مالك وأحمد . انظر : المدونة (١١٣/٣) ، الأم (٢٨٧/٥) ، الحاوي الكبير (٣٥/١١) ، المهذب (١٥٨/٢) ، المغني (٤٠٠/٧) .

(٣) انظر : بدائع الصنائع (٢١٤٨/٥) .

(٤) انظر : بدائع الصنائع (٢١٤٩/٥) ، رد المحتار على الدر المختار (٤٨٧/٣) .

(٥) انظر : المبسوط للسرخسي (٤١/٧) ، بدائع الصنائع (٢١٤٩/٥) ، رد المحتار (٧٨٣/٣) .

(٦) انظر : بدائع الصنائع (٢١٤٩/٥) .

(٧) انظر : الحاوي للماوردي (٣٥/١١) ، المهذب (١٥٨/٢) .

(٨) زيادة من (م) ، (ن) .

٢٤٩٢٣ - قلنا : مالا يلحقه الْقسمُ إذا لزمه بفعله لم ينفسخ . وإذا لزمه حكمًا بغير رضاه يجوز أنه لا ينفسخ كعتق ذوي الأرحام . ومعلوم أن النسب لو ثبت باعترافه لم يصح نفيه [١] . وكذلك يجوز إذا لزمه حكمًا أن لا يصح نفيه ، وتبطل هذه العلة إذا قذف زوجته فصدقته أوأقام [عليها] [٢] بينة بالزنا / [٣] فإن قالوا : يلاعنها مع ذلك لم يصح [٤] لأنه يستحيل أن تقول أشهد أنه من الكاذبين فيما رماني به من الزنا ، وهي تقر أنه صادق على أصلهم ، وكذا الزوجة . والمعنى أنه لو قذفها بغير ولد لم يثبت اللعان . كذلك إذا قذفها بولد .

٢/أ

* * *

---

(١) وانظر : الهداية (٢٥/٢) . (٢) زيادة من (م) ، (ن) .

(٣) وإذا صدقت المرأة زوجها عند الإمام فقالت : « صدق » ، ولم تقل « زنيت » فأعادت ذلك أربع مرات في مجالس متفرقة لم يلزمها حد الزنا ، لأن قولها صدق كلام محتمل ، ولم تفصح بالإقرار بالزنا فلا يلزمها الحد ولكن يبطل اللعان ، ولا يحد من قذفها بعد هذا ، لأن الظاهر أنها صدقته في نسبتها إلى الزنا ، والظاهر يكفي لإسقاط إحصانها . انظر : المبسوط للسرخسي (٥٧/٧) .

(٤) انظر : الحاوي الكبير للماوردي (٧٧/١١) .

مسألة ١٢١٩

إذا قذف المرأة بالزنا ثم أبانها

٢٤٩٢٤ – قال أصحابنا : إذا قذف امرأته بالزنا ثم أبانها سقط اللعان ولا حد (١) .

٢٤٩٢٥ – وقال الشافعي : يلاعن سواء كان هناك ولد أو لم يكن (٢) .

٢٤٩٢٦ – لنا : أنه سبب للفرقة فلا يثبت حكمه بعد البينونة بانقضاء العدة لا التخيير . ولو خيرها ثم أبانها سقط حكم تخييرها (٣) ولأنها فرقة تختص بحضرة الحاكم فلا يثبت مع وجود وجه البينونة كفرقة العنة (٤) ولأنها أجنبية فيه بينه وبينها لعان كما لو قذفها قبل النكاح (٥) .

٢٤٩٢٧ – احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ ﴾ (٦) (٧) .

٢٤٩٢٨ – قلنا : الآية بعد وجوب اللعان ، وتلا ذلك الاستيفاء فقال : ﴿ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ ﴾ (٨) يعني أحد الزوجين وبعد الطلاق لأن لا زوجية فلم يوجد الشرط

(١) انظر : مختصر الطحاوي ٢١٧ ، المبسوط للسرخسي (٤٩/٧) ، بدائع الصنائع (٢١٥٤/٥) ، الدر المختار : (٣٣٦/١) ، رد المحتار على الدر المختار : (٤٨٧/٣) .

(٢) وبه قال الإمام مالك وأحمد انظر : الأم للشافعي (٢٨٨/٥) ، روضة الطالبين (٣٣٦/٨) ، مغني المحتاج (٣٨٢/٣) ، المدونة (١١٣/٣) ، المغني (٤٠٢/٧) .

(٣) انظر : الاختيار (٥٩/٣ ، ٨٧) .

(٤) إذا اختارت نفسها في فرقة العنة فقال أبو يوسف ومحمد تبين منه ، وهو ظاهر الرواية ، وروى الحسن عن أبي حنيفة أنها لا تبين إلا بتفريق القاضي وهو المشهور من المذهب . لهما أن الشرع خيرها عند تمام الحول دفعًا للضرر عنها ، فلا يحتاج إلى تفريق القاضي ، كما إذا خيرها الزوج . وله أن النكاح عقد لازم ، وملك الزوج فيه معصوم ، فلا يزول إلا بإزالته دفعًا للضرر عنه ، لكن لما وجب عليه الإمساك بالمعروف أو التسريح بالإحسان ، وقد عجز عن الأول بالعنة ، ولا يمكن القاضي النيابة فيه فوجب عليه التسريح بالإحسان ، فإذا امتنع عنه ناب القاضي منابه لأنه نصب لدفع الظلم فلا تبين بدون تفريق القاضي ، فإذا فرق يصير كأنه طلقها بنفسه ، فتكون تطليقة بائنة ليحصل مقصودها ، وهو دفع الظلم عنها بملكها نفسها . انظر : الاختيار : (٥٨/٣) .

(٥) إذا قذفها بزنا قبل النكاح فهو قاذف ، وعليه اللعان ، وقد سبق تفصيل هذه المسألة . وانظر المغني (٤٠٢/٧)

(٦) سورة النور : الآية ٦ .

(٧) وجه الدلالة من الآية أن هذا رمى زوجته فيدخل في عموم الآية ، إذا لم يلاعن وجب الحد بعموم قوله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا۟ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجْلِدُوهُمْ ثَمَٰنِينَ جَلْدَةً ﴾ انظر : المغني (٤٠٢/٧) .

(٨) سورة النور : الآية ٦ .

بالاستيفاء [١] .

٢٤٩٢٩ - قالوا : كل بينة سقط بها موجب القذف لا يعتبر حكمها بالبينونة كالشهادة [٢] .

٢٤٩٣٠ - قلنا : الشهادة تسقط بموجب القذف بكل حال ، زوجة كانت المقذوفة أو أجنبية [٣] . فإذا أبانها صارت أجنبية فلم يغير حكم البينة ، والكفارة لا تؤثر في حكم قذف الأجنبية ، فإذا صادف أجنبية بالفرقة سقط حكم اللعان ، وهذا جار على أصلنا أن الطارئ على الحدود يسقطها كالموجود في الابتداء ، واللعان يوجب القذف وهو في حكم الحد .

٢٤٩٣١ - قالوا : به ضرورة إلى نفي ولد ليس منه [٤] .

٢٤٩٣٢ - قلنا : اللعان ثبت هنا بغير ولد عنده ، فلا معنى لاعتبار الضرورة في نسب الولد ، ولأن القاضي هو الذي يقضي باللعان ، فلو كان ثبت لضرورة الزوج وجب أن تثبت هذه الضرورة عند الحاكم .

٢٤٩٣٣ - قالوا : قذف صادف الزوجية فصار كما لو نفى النكاح .

٢٤٩٣٤ - قلنا : إذا نفى النكاح فالفراش باقٍ وأسباب القذف يجوز إن ثبت مع بقاء الفراش ومتى بانت زال الفراش ، فلا يثبت سبب الفرقة بعد زواله .

٢٤٩٣٥ - قالوا : هذا يؤدي إلى أن يقذف محصنة فيسقط حكم قذفها ، ولا يجب به حد ولا اللعان [٥]

٢٤٩٣٦ - قلنا : هذه مناقضة لأن عندهم أن اللعان يجب بقذفه [٦] لأنه يضطر

---

(١) انظر : بدائع الصنائع (٢١٥٤/٥) .

(٢) انظر : الحاوي الكبير (٣٩/١١) .

(٣) الشهادة مع القذف لهما حالتان : الأولى : إذا قذفها أولًا ثم أقام أربعة شهود على زناها هو منهم ، ففي هذه الحال لا تصح الشهادة لأنه صار مستوجبًا اللعان ، وهو إنما يقصد بالشهادة بعد ذلك إسقاط اللعان عن نفسه ، والحد الواجب بزناها يخلص حقًّا لله ، وإنما يكون الزوج مدعيًا إذا قصد بشهادته إثبات حق لنفسه وليس في هذه الشهادة إثبات حق الله . الثانية : أن يأتي بأربعة شهود على زناها هو منهم ، فتجوز شهادتهم ويمضي الحد عليها ، فإذا قذفها بعد ذلك فلا حد ولا لعان لأنها غير محصنة . انظر : المبسوط للسرخسي (٥٥/٥٤/٧) .

(٤) انظر : الحاوي الكبير (٣٩/١١) .

(٥) انظر : الحاوي الكبير : (٤٠/١١) ، روضة الطالبين (٣٣٦/٨) .

(٦) انظر : المهذب (١٥١/٢ ، ١٥٢) ، مغني المحتاج (٣٦٧/٣) ، روضة الطالبين (٣٣٣/٨) .

إلى قذفها حتى لا يلحقه ولد ليس منه ، ولأنها أدخلت عليه المعرة فكيف يقال هاهنا إن اللعان من حقوق المرأة ؟ فأما على قولنا فاللعان وضع لتتخلص من زوج يقذفها ، وتتوصل إلى زوج لا يقذفها ، وهذا المعنى قد حصل بالبينونة [١] .

* * *

(١) قد احتج المخالفون أيضًا بأنه قاذف لزوجته فوجب أن يكون له أن يلاعن كما لو كان على النكاح إلى حالة اللعان . انظر : المغني (٤٠٢/٧) .

قذف المرأة المتزوج بها زواجا فاسدًا

٢٤٩٣٧ - قال أصحابنا : إذا تزوج امرأة نكاحها فاسدٌ ثم قذفها ثم لاعنها لم تحرم باللعان تحريمًا مؤبدًا [١] .

٢٤٩٣٨ - وقال الشافعي : إن لم يكن نسب فلا لعان ، وإن كان هناك نسب تلاعنا [٢] . وفيه وجهان .

٢٤٩٣٩ - لنا : أن الأصل وجوب الحد بقذف المحصنة ، أو التعزير بقذف المحصنة خص من ذلك الزوج باللعان ؛ فمن ليس بزوج على ما كان عليه [٣] ولأن اللعان موضوع لقطع الفراش فلا يثبت والنكاح الفاسد كالطلاق [٤] ، ولأنه من خصائص النكاح كالطلاق والإيلاء والظهار ، ولأنه تفريق يختص سببه بحضرة الحاكم كالفرقة

---

(١) إذا قذف امرأته المنكوحة منه نكاحًا فاسدًا فلها حالتان :
١ - أن يكون القذف بالزنا ، وهذا لا خلاف فيه بين الفقهاء في أنه لا لعان ولا حد . انظر : بدائع الصنائع (٢١٤٨/٥) ، حاشية الدسوقي (٤٥٨/٢) ، الحاوي للماوردي (٤١/١١) ، المغني (٤٠٠/٧) .
٢- إذا كان هناك نسب يريد نفيه . وآراء الفقهاء فيه كما يلي : ذهب الإمام أبو حنيفة إلى أنه لا لعان بينهما ويلحقه الولد وليس له نفيه ، انظر : بدائع الصنائع (٢١٤٨/٥) ، شرح فتح القدير (١١١/٤) ، البناية (٧٢٩/٤) ، رد المحتار على الدر المختار (٤٨٣/٣) . وذهب الإمام مالك والشافعي وأحمد إلى أنه إذا كان هناك نسب جاز اللعان ولا حد عليه ، انظر : حاشية الدسوقي (٤٥٨/٢) ، المهذب (١٥٨/٢) ، الحاوي للماوردي (٤١/١١) ، المغني (٤٠٠/٧) .
(٢) ساقط من النسخ وزدناها ليستقيم المعنى بها .
(٣) وقد نوقش القياس على الأجنبي بأنه قذف من زوج ، فهو في حكم الأزواج في لحوق النسب وإن لم يكن زوجًا ، فلذلك خالف فيه الأجنبي لاختصاصه بنسب يضطر فيه إلى نفيه بلعان ، انظر : الحاوي للماوردي : (٤٢/١١) .
(٤) القياس على الطلاق لا يصح لوجهين : أحدهما : أن الطلاق يملك بالعقد فلم يثبت إلا في صحيحه دون فاسده . واللعان يملك بحدوث الزنا فجاز أن يملك به في صحيح العقد وفاسدة . والثاني : أن الطلاق مختص بالفرقة والنكاح الفاسد لا يحتاج فيه إلى وقوع الفرقة واللعان موضوع لنفي المعرة بوقوع الفرقة ونفي لحوق النسب فصح فيه اللعان لبقاء سببه ، ولهذا المعنى منع أن يلاعن من غير ذات ولد لزوال أسبابه كلها انظر : الحاوي الكبير للسيوطي (٤٣/١١) .

بالعنة [١] ولأنه قذف لم يصادف الزوجية كقذف الأجنبية [٢] ولأن من أصلنا أن الموطوءة بنكاح فاسد لو قذفها أجنبي لم يحد [٣] واللعان أحد موجبي القذف كالحد .

٢٤٩٤٠ – احتجوا : بأنه فراش يتحقق به نسب ليس له نفيه بغير لعان ، فوجب أن يكون له نفيه باللعان كالنكاح الصحيح [٤] .

٢٤٩٤١ – قلنا : ولد أم الولد ، فإن قالوا هناك يجوز نفيه عندنا بغير اللعان بأن يدعى فيه الاسترقاق ويحلف [٥] .

٢٤٩٤٢ – قلنا : النقض بالوطء بعد الاستبراء ؛ فإن كان يدعى الاستبراء كاذبًا فكذلك في مسألتنا يجحد الولد فلا يثبت النسب ، والمعنى في النكاح الصحيح ، أن القذف لو كان بغير ولد ثبت اللعان ، وكذا إذا كان بولد ، وفي مسألتنا بخلافه .

٢٤٩٤٣ – قالوا : النسب في النكاح الصحيح أقوى من الفاسد ، بدلالة أن في الصحيح يثبت النسب بأنه كان للوطء ومضي مدة الحمل . وفي الفاسد لا يثبت إلا بالوطء ، فإذا انتفى اللعان بالنسب الأقوى فالأضعف أولى [٦] .

٢٤٩٤٤ – قلنا : النسب ثبت في الصحيح والفاسد بالفراش لأن الفراش في الصحيح ثبت بالعقد وفي الفاسد بالوطء ، ثم النسب في الفاسد أقوى عندنا ، لأنه لا يُنفى بحال ، فلا نسلم ما ذكروه [٧] .

٢٤٩٤٥ – قالوا : به ضرورة إلى نفي ولد ليس منه [٨] .

٢٤٩٤٦ – قلنا : يبطل إذا سكت عن نفيه وهو لا يعلم أنه ليس منه ثم بان له ،

---

(١) انظر : البناية في شرح الهداية (٧٣٣/٤) .

(٢) هذا قياس مع الفارق لأن الأجنبيات لا يلحقه ولدهن فلا حاجة به إلى قذفهن . انظر : المغني : (٤٠٠/٧) .

(٣) إذا قذفها أجنبي فلا يجب عليه الحد لأنها وطئت وطأ حرامًا فذهب إحصانها ، ثم رجع أبو يوسف وقال : « يجب بقذفها الحد واللعان ، لأن هذا وطء يتعلق به ثبوت النسب ووجوب المهر ، فكان كالموجود في النكاح فلا يزيل العفة عن الزنا » ، والجواب أن الوطء حرام لعدم النكاح إنما الموجود شبهة النكاح فكان ينبغي أن يجب الحد عليها إلا أنه سقط للشبهة فلأن يسقط الحد واللعان عن القاذف لمكان الحقيقة أولى . انظر : بدائع الصنائع (٢١٤٨/٥) .

(٤ ، ٥) انظر : الحاوي الكبير (٤٢/١١) .

(٦) انظر : الحاوي الكبير (٤٢/١١) ، المغني (٤٠٠/٧) .

(٧) انظر : البناية في شرح الهداية (٦٤٨/٤) .

(٨) انظر : الحاوي الكبير (٤٢/١١) ، المغني (٤٠٠/٧) .

والحاكم هو الذي يلاعن ، وهذه الضرورة لا يعلمها [1] .

* * *

(١) واستدل الشافعي ومن وافقه أيضًا بما يلي : -
١ - قوله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ أَزۡوَٰجَهُمۡ ﴾ وهذه في حكم الأزواج في درء الحد ووجوب المهر ولحوق النسب فاقتضى أن تكون مثلهن في جواز اللعان .
٢ - ولأنها ذات فراش لا يقدر على نفي نسبه بغير اللعان ، فجاز له نفيه باللعان كالزوجة .
٣ - أن المستفاد باللعان شيئان رفع الفراش ونفي النسب ، فلما جاز أن ينفرد برفع الفراش جاز أن ينفرد بنفي النسب لأن ما قدر على رفع شيئين قدر على رفع أحدهما .
٤ - أن أصول الشرع مستقرة على أن أحكام العقود الفاسدة معتبرة في أحكامها في الصحة فلما جاز نفي النسب في صحيح المناكح كان نفيه في فاسدها أولى ، انظر : الحاوي الكبير (٤٢/١١) ، المغني (٤٠٠/٧) .

مسألة ١٢٢١

قذفها بالوطء في الموضع المكروه

٢٤٩٤٧ – قال أبو حنيفة : إذا قذفها بالوطء في الموضع المكروه لم يلاعنها .

٢٤٩٤٨ – قال الشافعي : يلاعنها

٢٤٩٤٩ – لنا : أنه وطء لا يؤدي إلى اختلاط النسب ، فالقذف به لا يوجب اللعان كما لو وطئ فيما دون الفرج . وهذه المسألة مبنية على أن هذا الوطء يتعلق به حد ولأنه يجب على الأجنبي إذا قذفها به الحد ، كذلك اللعان .

٢٤٩٥٠ – احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ أَزۡوَٰجَهُمۡ ﴾

٢٤٩٥١ – قلنا : أجمعنا على أن المراد به الرمي بالزنا فصار كالمذكور ، ونحن لا نسلم أن هذا زنا [١]

٢٤٩٥٢ – قالوا : فرج تبتغى اللذة بالوطء فيه غالبًا كالفرج [٢] .

٢٤٩٥٣ – قلنا : المعنى هناك أن النسب يختلط بالوطء فيه فلا يوجد في غيره .

٢٤٩٥٤ – قالوا : أدخلت عليه المعرة فكان له قطع فراشها كالوطء في الفرج .

٢٤٩٥٥ – قلنا : قد بينا أن اللعان في الظاهر ثبت لحقها ولنفي الشين عنها ولهذا يقف على مطالبتها ، فلم يصح ما قالوه . ولأن الشين الذي لحقها بالقذف متحقق والشين الذي أدخلته عليه فيه بدعواه لا يعلم فكيف تعلق الحكم بشين لم يثبت ، ولا تعلق بشين ثابت معلوم [٣] .

* * *

(١) انظر : بدائع الصنائع (٢١٤٣/٥) . (٢) انظر : الحاوي الكبير (٣٨/١١) .

(٣) استدل الشافعية أيضًا بأنه قَذف به الحد فجاز فيه اللعان كالقبل . انظر : الحاوي الكبير (٣٨/١١) .

مسألة ٢٢٢

إذا نفى حمل امرأته زاعمًا أن الحمل من الزنا

٢٤٩٥٦ - قال أبو حنيفة : إذا نفى حمل امرأته لم يجب حد ولا لعان . وإن قذفها بالزنا وزعم أن الحمل من الزنا لاعن ولم ينتف نسب الولد (١) .

٢٤٩٥٧ - وقال الشافعي : إذا قال هذا الحمل ليس مني لاعن ونفي القاضي (٢) .

٢٤٩٥٨ - لنا : أنه يحتمل أن يكون حملًا ، ويحتمل أن يكون ريحًا . وإن علق القذف بنفي الحمل فكأنه قال إن كنت حاملا من زنا ، والقذف لا يصح تعليقه بالشرط ولأن الأحكام التي ينفرد بها الحمل لم تقف على ولادته حتى يثبت الدليل عليها باستحقاقه للميراث والوصية ، فلو ثبت نفي النسب فيه تعلق بشرط ، ونفي النسب لا يجوز تعليقه بالشروط ولأنه لا يملكه بالتمليك فلا ينفى نسبه باللعان ، كما لو ولدته ميتًا ولأن العفو لا يصح عليه فلا ينتفي نسبه . دليله ما ذكرنا (٣) .

٢٤٩٥٩ - احتجوا (٤) : بما روي أن هلال بن أمية قذف امرأته فلاعن النبي ﷺ بينه وبينها ونفى حملها (٥) .

٢٤٩٦٠ - قلنا : لا دلالة في هذا الخبر لأنه قذف امرأته بصريح الزنا (٦) وذكر الحمل روى ذلك ابن مسعود ، وابن عباس ، وغيرهما وقال : الرجل يجد مع امرأته

---

(١) وبه قال زفر وأحمد . انظر : المبسوط للسرخسي (٤٤/٧) ، مختصر الطحاوي ٢١٦ ، شرح فتح القدير (١٢٤/٤) ، بدائع الصنائع (٢١٤٥/٥) ، حاشية ابن عابدين (٤٩١/٣) ، الاختيار (٣٣٧/١) ، البناية في شرح الهداية (٧٤٨/٤) ، كشاف القناع عن متن الإقناع : (٣٩٧/٥) .

(٢) قال في الحاوي للماوردي أنه فيه وجهان : أحدهما : أن له أن يلاعن من حملها كما يلاعن من ولدها . والثاني : وافق ما قاله الإمام أبو حنيفة أنه لا يجوز أن يلاعن بينما ذهب أبو يوسف ومحمد إلى وجوب اللعان إن جاءت بولد لأقل من ستة أشهر . انظر : الحاوي للماوردي (٣٥/١١) ، المهذب (١٥٦/٢) ، مغني المحتاج (٣٨١/٣) ، المجموع (٤١٦/١٦) ، روضة الطالبين (٣٢٧/٨) ، بداية المجتهد (٨٧/٢) ، حاشية الدسوقي (٤٥٧/٢) ، بدائع الصنائع (٢١٤٥/٥) ، البناية في شرح الهداية (٧٤٨/٨) .

(٣) انظر : المبسوط للسرخسي (٤٥/٧) ، بدائع الصنائع (٢١٤٥/٥ ، ٢١٤٦) ، شرح فتح القدير (١٢٥/٤) .

(٤) سبق تخريجه .

(٥) انظر : مغني المحتاج (٣٨١/٣) .

(٦) انظر : بدائع الصنائع (٢١٤٦/٥) .

رجلًا . فإن قتل قتلتموه وإن أبدى ذلك جلدتموه ، وإن سكت أمسك على غيظ [١] وروي أنه ابتلي بذلك فقذف امرأته بشريك بن سمحاء ، وعندنا انه إذا صرح بالقذف وذكر الحمل لاعنهما فأما احتجاجهم بنفي الولد فلا حجة فيه لأن النبي ﷺ ثبت [٢] وجوده بالوحي ولهذا قال إن جاءت به على صفة [٣] كذا فهو لهلال ، وإن كان على صفة كذا فهو لشريك والمانع من نفي نسب الحمل أنا لا نتيقن وجوده وإذا علم بالوحي وجوده ثبت اللعان عليه .

٢٤٩٦١ - وجواب آخر وهو قوله ﷺ : إن جاءت به على صفة كذا فهو لهلال يدل على أنه لم ينتف نسبه ، لأن النسب لو انتفى لم يعتد بوجود سببه [٤] .

٢٤٩٦٢ - قالوا : حالة يصلح استلحاق الولد فيها فيصح نفيه أصله . بعد الوضع [٥] .

٢٤٩٦٣ - قلنا : إذا استلحق الحمل وقف ثبوت نسبه على الولادة . فأما إن ثبت في الحال فلا . والتزام النسب يتعلق بشرط ، والقذف لا يتعلق بشرط [٦] . والمعنى فيما بعد الولادة أن الأحكام المختصة به يجوز أن تثبت له [٧] .

٢٤٩٦٤ - وقبل الولادة لا تثبت الأحكام المختصة قبل البيع والنكاح . كذا نفي النسب .

٢٤٩٦٥ - قالوا : كأن حاله أن يتعلق بالشروط .

٢٤٩٦٦ - قالوا : أحكام الحمل ما ثبت بالظاهر ، بدلالة قوله تعالى : ﴿ وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمْلٍ ﴾ [٨] وقال : ﴿ وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ ﴾ [٩] وفرض في الدية الحوامل ويجوز

---

(١) حديث أخرجه البخاري (٤٤٩/٨ ، ٤٧٤٥) ، ومسلم (١١٢٩/٢ ، ١٤٩٢/١) .

(٢ ، ٣) ساقطة من [ن] .

(٤) انظر : المبسوط للسرخسي (٤٥/٧) ، بدائع الصنائع (٢١٤٦/٧) ، شرح فتح القدير (١٢٥/٤) .

(٥) أي : أن حكم اللعان نفي الولد فيجوز أن يلاعن فيه . انظر : الحاوي (٣٥/١١) ، مغني المحتاج (٣٨١/٣) ، الشرح الصغير (٦٦/٢) .

(٦) وإذا علق القذف بشرط لم يجب حد ولا لعان ، لأن القذف مما لا يحلف به فلا يتعلق بالشرط ، ولأن التعلق بالشرط يمنع تحقق نسبتها إلى الزنا في الحال ، ولأن من لا تكون زانية قبل دخول الدار لا تكون زانية بدخول الدار ، وكذلك لو قال : « إذا تزوجتك فأنت زانية ، أو أنت زانية إن شاء فلان » فهو باطل . انظر : المبسوط للسرخسي (٥٠/٧) .

(٧) إلزام الحكم على الحمل لا يجوز ، وإنما يكون إلزامه بعد الوضع . انظر : المبسوط للسرخسي (٤٥/٧) ، بدائع الصنائع (٢١٤٥/٥ ، ٢١٤٦) ، البناية في شرح الهداية (٧٤٩/٤ ، ٧٥٠) .

(٨) سورة الطلاق : الآية ٦ .

(٩) سورة الطلاق : الآية ٤ .

رد [1] الحامل بالعيب لأجل الحمل .

٢٤٩٦٧ - قلنا : هذه الأحكام كلها يجوز أن تثبت بالظاهر ، والقذف يسقط حكمه بالشبه فلا يجوز أن يثبت بالظاهر ، لأن هذه الأحكام لا تختص بالحمل ، وإنما تتعلق بحيوان موصوف بالحمل .

٢٤٩٦٨ - وأما الأحكام التي ينفرد بها الحمل فلا يثبت مثل الميراث والوصية والبيع والنكاح ونفي النسب حكم تنفرد به وهو معتبر بما ينفرد / به دون غيره .

* * *

(١) مذكور في النسخ [لاد] ولا يستقيم معناه وما أثبتناه هو الصحيح .

مسألة ١٢٢٣

اللعان لا يختص بمكان ولا زمان

٢٤٩٦٩ - قال أصحابنا : اللعان لا يختص بزمان ولا مكان (١) .

٢٤٩٧٠ - وقال الشافعي : يغلظ اللعان بالمكان والوقت وحضور جماعة . فأما المكان فإن كان بمكة فبين الركن والمقام ، وإن كان بالمدينة فعلى منبر النبي ﷺ . وقال في موضع آخر عند المنبر ، وأما الوقت فبعد العصر ، وأما العدد فيحضر جماعة من الناس .

٢٤٩٧١ - قال أصحابه : هذا كله ليس بشرط ، وإنما هو استحباب ، فعلى هذا يسقط الخلاف لأن أصحابنا نفوا الوجوب (٢) .

٢٤٩٧٢ - [واحتجوا : بقوله] تعالى ﴿ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ ﴾ ولم يفصل (٣) ولأن اللعان إما أن يكون شهادة أو يمينا ، وأيهما كان لم يختص بزمان ولا مكان ، ولأن اللعان ثبت بالفرقة كالطلاق والتخيير ولأنها فرقة يختص سببها بحضرة الحاكم كفرقة العنة . وأما إذا قالوا : إنه استحباب لم يمنع ذلك متى غلب على ظن القاضي إذا حلف يتعظم هذه الحرمة ، وإن كان كاذبًا امتنع من اللعان (٤) .

٢٤٩٧٣ - قالوا احتجاجهم بأن النبي ﷺ لاعن على المنبر يدل على جواز اللعان في هذا الموضع ولا يدل على اختصاصه به (٥) . وقولهم أنه ﷺ قال : « من حلف على يمين فاجرة على منبري هذا ولو على شوك إذخر فليتبوأ مقعده من النار » (٦) فيدل على

---

(١) لم يصرح الحنفية بهذا في غالب كتبهم إلا أنهم ذكروا صفة اللعان بدون تحديدها بوقت ولا مكان ولا غيرهما ، بل تؤدى الأيمان عند القاضي وبين يديه في أي مكان ، وبه قال الإمام أحمد . انظر : المبسوط للسرخسي (٤٢/٧) ، الهداية (٢٤/٣) ، البناية في شرح الهداية (٧٣٨/٤) ، شرح فتح القدير (١١٧/٤) . المغني (٤٣٥/٧) .

(٢) انظر : الحاوي للماوردي (٤٤/١١) ، المهذب (١٦٠/٢) .

(٣) انظر : المبسوط للسرخسي (٤٢/٧) ، المغني (٤٣٥/٧) .

(٤) انظر : الحاوي للماوردي (٤٤/١١) وما بعدها .

(٥) وقد دل اختصاصه بالمنبر على تغليظه به لشرفه ولعظم العقوبة في الإقدام على المعاصي فيه . انظر : الحاوي للماوردي (٤٤/١١) . وقد نوقش هذا الاستدلال بأن النبي ﷺ لاعن بينهما عند المنبر فليس هذا في شيء من الأحاديث المشهورة . انظر : المغني (٤٢٥/٧) .

(٦) أخرجه مالك في الموطأ (١١/٢) ، و أبو داود حديث رقم ٣٢٤١ ، و ابن ماجه حديث رقم ٢٣٢٥ ، والحاكم (٢٩٦/٤) .

تعظيم اليمين الكاذبة في هذا الموضع ولا يدل أنه شرط (1) . وقولهم أن الله تعالى قال في الحد : ﴿ وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَآئِفَةٌ مِّنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ ﴾ (2) واللعان أقيم مقام الحد (3) لا يصح لأن الحد اعتبر فيه حضور طائفة من المؤمنين لا تقادح منهم وهم الشهود ، فيعتبر في اللعان من يصح به أيضًا وهم الزوجان . وقولهم إنا نتيقن كذب أحدهما ، لذلك غلط ويبطل بالمتداعيين في البيع إذا تحالفا (4)

* * *

---

(1) انظر : الحاوي للماوردي (٤٥/١١) ، المهذب (١٦١/٢) .

(2) سورة النور : الآية ٢ .

(3) انظر : الحاوي للماوردي (٤٥/١١) .

(4) انظر : اللباب ٢٣٠ .

مسألة ١٢٢٤

لعان الحاكم وتفريقه

٢٤٩٧٤ - قال أصحابنا : إن بدأ الحاكم بلعان المرأة و فرق وقعت الفرقة (١) .

٢٤٩٧٥ - وقال الشافعي : لا يعتد بلعانها ، ويأمرها الحاكم أن تعيد اللعان فإن حكم بجواز ذلك فسخ حكمه (٢) .

والخلاف في هذه المسألة لا يتصور ، لأن عندنا تقع الفرقة بتفريق الحاكم (٣) وعنده بلعان الزوج (٤) فإذا لاعن بعدها وفرق وقعت الفرقة بإجماع . وإن كان يقول إنني أفسخ حكمه في إيقاع الفرقة لم يصح . وإن قال إني أفسخ حكمه في إسقاط اللعان فهو غلط ؛ لأنه حكم في موضع يسوغ فيه الاجتهاد ، ولأن اللعان إن كانت شهادة لم يرتب ، وإن كان يمينًا فالاجتهاد يسوغ في تقديم يمين كل واحد من المتداعيين على الآخر . فيقول هذا الحاكم إنما أعتذر من الشافعي لأني أثبتُّ لعانهما وأسقطتُ الذي ثبت ، والشافعي يقضي بلعان الزوجة في الميتة والمجنونة وترك التي تثبت في الشيء اليسير من الترك . فأما قولهم إنه حكم بخلاف القرآن لأن اللّه تعالى قال : ﴿ وَيَدْرَؤُاْ عَنْهَا ٱلْعَذَابَ ﴾ (٥) فهذا يدل على وجوب عذاب يسقط بلعانها ، وذلك لا يكون إلا بعد لعانه (٦) فليس بالصحيح لأن العذاب قد بينا أنه بما يلحقها من الشين بقذفه لها ، وقولهم إن النبي ﷺ بدأ بالزوج في اللعان فقد دل ذلك على أنه أولى والكلام أنه إذا ترك الأولى هل يعتد باللعان أولاً ؟ وقولهم إنه حكم بخلاف الإجماع (٧) غلط ، لأن أبا حنيفة إذا شرع الاجتهاد لمن فعل هذا فقد قال به ، وإن جعل غيره أولى منه .

٢٤٩٧٦ - قالوا : إن كان شهادة لم يصح قبل الدعوى وإن كان يمينًا لم يصح قبل

---

(١) انظر : المبسوط للسرخسي (٤٨/٧) ، بدائع الصنائع (٢١٤٠/٥) ، شرح فتح القدير (١١٧/٤) ، رد المحتار على الدر المختار (٤٨٥/٣) .

(٢) وبه قال مالك وأحمد . انظر : حاشية الدسوقي (٦٦٣/٢) ، الأم (٢٨٩/٥) ، روضة الطالبين (٣٥٢/٨) ، المهذب (١٦٢/٢) .

(٣) انظر : المبسوط للسرخسي (٤٨/٧) ، بدائع الصنائع (٢١٤٠/٥) .

(٤) انظر : المهذب (١٦٢/٢) . (٥) سورة النور : الآية ٨

(٦) انظر : الحاوي الكبير للماوردي (٤٥/١١) ، المغني (٤٣٨/٧) .

(٧) انظر : الحاوي الكبير للماوردي (٤٦/١١) .

الاستخلاف [1] .

٢٤٩٧٧ - قلنا : شهادة عندنا وقد تقدمت الدعوى بالقذف وحصل الاستشهاد بطلب اللعان .

* * *

(١) انظر : الحاوي الكبير للماوردي (٤٥/١١) .

مسألة ١٢٢٥

وقوع الفرقة في اللعان

٢٤٩٧٨ - قال أصحابنا : الفرقة في اللعان بلعانها [١]

٢٤٩٧٩ - وقال الشافعي : تقع الفرقة بلعان الزوج [٢] .

٢٤٩٨٠ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ أَزۡوَٰجَهُمۡ وَلَمۡ يَكُن لَّهُمۡ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمۡ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمۡ ﴾ [٣] أحد الزوجين ثم قال : ﴿ وَيَدۡرَؤُاْ عَنۡهَا ٱلۡعَذَابَ ﴾ [٤] يعني عن الزوجة [٥] وهذا خلاف قولهم [٦] ويدل عليه ما روى مالك [٧] عن نافع [٨] عن ابن عمر [٩] أن رجلًا

---

(١) وبه قال مالك وأحمد . انظر : المبسوط (٤٣/٧) ، وبدائع الصنائع (٢١٥٧/٥) ، شرح فتح القدير (١١٨/٤) ، رد المحتار (٤٨٨/٣) ، حاشية الدسوقي (٦٦٩/٢) ، المغني (٤١١/٧) .

(٢) انظر : الأم للشافعي : (٢٩١/٥) ، المهذب : (١٦٣/٢) ، الحاوي الكبير للماوردي (٥١/١١) .

(٣) سورة النور : الآية ٦ . (٤) سورة النور : الآية ٨ .

(٥) انظر : بدائع الصنائع (٢١٥٧/٥) .

(٦) قال في بدائع الصنائع : ثم قول الشافعي مخالف لآية اللعان ، لأن الله تعالى خاطب الأزواج باللعان بقوله : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ أَزۡوَٰجَهُمۡ ﴾ ... إلى آخر ما ذكر ، فلو ثبتت الفرقة بلعان الزوج فالزوجة تلاعن وهي غير زوجة ، وهذا خلاف النص . انظر : بدائع الصنائع (٢١٥٧/٥) .

(٧) هو مالك بن أنس بن مالك ، ولد عام ٩٣ هـ ، أخذ العلم عن نافع وسعيد المقبري وربيعة الرأي وابن هرمز وخلائق غيرهم ، من أشهر تلاميذه المغيرة بن عبد الرحمن المخزومي ، عبد الرحمن بن القاسم ، وعبد الله بن وهب ، ومحمد بن مطرف ، وابن الماجشون ، وغيرهم ، قال النسائي : ما عندي بعد التابعين أنبل من مالك ولا أجل منه ، ولا آمن على الحديث منه ، من أشهر تصانيفه الموطأ ، مات عام ١٧٩ هـ . انظر : طبقات الشيرازي ٦٧ ، ٦٨ ، تذكرة الحفاظ (١١٧/١) ، تهذيب التهذيب (٨٩/٩) ، الثقات (٥٤/٧) .

(٨) نافع هو : نافع بن عجير بن عبد يزيد بن هاشم المطلبي ، روى عن أبيه ، وعمه ركانة ، وعلي بن أبي طالب ، وعنه ابنه محمد ، وعبد الله بن علي بن السائب ، ومحمد بن إبراهيم التيمي ، وغيرهم ، قال الذهبي : ثقة ، انظر : الثقات لابن حبان (٤٦٩/٥) ، التاريخ الكبير (٨٤/٤/٢) ، الجرح والتعديل (٤٥٤/٨) ، تهذيب التهذيب (٤٨٠/١٠) .

(٩) هو عبد الله بن عمر بن الخطاب العدوي أسلم صغيرًا مع أبيه ، أول مشاهده الخندق ، روى عن النبي ﷺ وأبي بكر ، وعمر ، وعثمان ، ومعاذ ، وغيرهم ، وعنه ابن عباس ، وجابر ، ونافع ، وغيرهم ، شهد مؤتة واليرموك ، وفتح مصر ، وإفريقية ، كان كثير الاتباع لآثار الرسول ﷺ حتى إنه لينزل منازله ويصلي في كل مكان صلى فيه . مات عام ٧٣ هـ . انظر : أسد الغابة (٣٤٠/٣) ، الاستيعاب (٣٧٣/٣) .

لاعن امرأته في زمن النبي ﷺ وانتفى من ولدها ففرق ﷺ بينهما وألحق الولد بالمرأة [١] [٢] وفي السنن من حديث عكرمة [٣] عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ فرق بين هلال بن أمية [٤] وبين امرأته بعد ما تلاعنا وبأن الولد لها ولا يدعي للأب [٥] وظاهر الخبر [٦] يقتضي أن الفرقة وقعت بفعله وأن النسب ينفى بفعله [٧] . وعند مخالفنا أن الفرقة تقدمت ونسب الولد ينفى عن الأب بلعانه [٨]

٢٤٩٨١ – فإن قيل : معناه أنه مضى الفرقة [٩] .

٢٤٩٨٢ – قلنا : هذا مجاز وحقيقة اللفظ تقتضي أنه ابتدأ بالتفريق ، وأولى ذلك أن يفرق المفرق .

٢٤٩٨٣ – فإن قيل : معناه فرق بينهما في المكان ، لأنهما كانا في بيت واحد فلما وقعت الفرقة نقلها [١٠] .

٢٤٩٨٤ – قلنا : المكان لم يجر له ذكر ، وإنما جرى ذكر الزوجة ، والتفريق ينصرف إليها . يبين ذلك أنه ذكر تفريقه وألزم الولد لها ونفاه عن أبيه ، والتفريق الذي ينتفي معه الولد هو تفريق النكاح . ويدل عليه حديث سهل بن سعد الساعدي [١١] قال : لاعن

---

(١) أخرجه النسائي في سننه الكبرى (٣٧٦/٣ ، ٥٦٧١/١) .

(٢) انظر : بدائع الصنائع (٢٥٦/٥) ، المبسوط للسرخسي (٤٣/٧) ، المغني (٤١١/٧) ، وقد نوقش هذا الاستدلال بأنه قضية عين لا يدعي فيها العموم فاحتمل أن يفرق بينهما في المكان ، واحتمل أن يفرق بينهما في النكاح . انظر : الحاوي (٥٣/١١) .

(٣) هو عكرمة البربري أبو عبد الله المدني ، روى عن مولى ابن عباس ، وأبي هريرة ، وعائشة ، وغيرهم ، وعنه عمرو بن دينار ، وابن ميسرة ، والزبير بن موسى وغيرهم ، قال أبو القاسم « هو ثقة » . مات عام ٩٥ هـ انظر : تهذيب الكمال (٣٥٨/١٠) ، الثقات لابن حبان (٢٧٥/٤) ، تذكرة الحفاظ (٧٦/١) .

(٤) سبقت ترجمته .

(٥) أخرجه مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر مثله . أن رجلًا لاعن امرأته في زمان رسول الله ﷺ وانتفى من ولدها ، ففرق رسول الله ﷺ بينهما ، وألحق الولد بالمرأة . انظر : الموطأ (٥٦٧/٢) حديث رقم ٣٥ .

(٦) زيادة من (م) ، (ن) .

(٧) انظر : بدائع الصنائع (٢٢٥٦/٥) ، المبسوط للسرخسي (٤٣/٧) .

(٨ ، ٩ ، ١٠) انظر : الحاوي الكبير (٥٣/١١) .

(١١) هو سهل بن سعد بن مالك . . الأنصاري روى عن النبي ﷺ وروى عنه أبو هريرة ، وسعيد بن المسيب ، والزهري وغيرهم ، شهد قضاء رسول الله ﷺ في المتلاعنين ، وأنه فرق بينهما ، وعمّر سهل حتى أدرك الحجاج وامتحن به . مات عام ٩١ هـ . انظر : الاستبصار ١٠٥ ، الإصابة (٢٠٠/٢) ، الاستيعاب (٤٧٢/٢) .

رسول الله ﷺ بين عويمر العجلاني (١) وبين امرأته فلما التقيا قال كذبت عليها إن أمسكتها ، هي طلاق ثلاثًا قال سهل : ففارقها قبل أن يأمره النبي ﷺ بذلك (٢) (٣) .

٢٤٩٨٥ – وذكر أبو داود (٤) هذا الخبر عن أبي شهاب (٥) عن سهل بن سعد قال : فطلقها ثلاث تطليقات عند النبي ﷺ وكان ما صنع عند النبي ﷺ سنة فمضت السنة بعد في الملاعنين يفرق بينهما فلا يجتمعان أبدًا (٦) وجه الدلاله من هذا الخبر أن عويمرًا ظن أن النكاح باق ما وقع الطلاق ولم ينكر النبي ﷺ ذلك ، وقول الراوي : يفارقها قبل أن يأمر النبي ﷺ بفراقها ، فدل أن الفرقة وقعت بالطلاق وإن لم يطلق أمره النبي ﷺ بالفرقة ، وقوله تأييده النبي ﷺ يقتضي إسناد النبي ﷺ الطلاق وذلك لا يكون إلا في طلاق واقع ، وقوله فمضت السنة بعد في المتلاعنين أن يفرق بينهما (٧) فدل على أن الفرقة تقع بالتفريق لا باللعان (٨) .

٢٤٩٨٦ – [فإن قيل] (٩) روى أن النبي ﷺ قال : لا سبيل لك عليها ونحن نعلم أنه لا يجوز أن يبين له أنه لا سبيل له لأجل الطلاق لأن هذا إنكار منه ﷺ لإيقاع

---

(١) هو عويمر بن الحارث بن زيد العجلاني صاحب رسول الله ﷺ . انظر : الاستيعاب : (٢٢٦/٣) ، الإصابة (٧٤٦/٤) ، أسد الغابة (٣١٧/٤) .

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه باب اللعان ومن طلق بعد اللعان ٧٠٣٣/٥ ، ومسلم في صحيحه كتاب اللعان (١١٢٩/٢) .

(٣) انظر : بدائع الصنائع (٢٢٥٦/٥) ، المغني (٤١١/٧) .

(٤) هو سليمان بن الأشعث بن شداد .. السجستاني روى عن محمد بن كثير ، ومسلم بن إبراهيم ، وسليمان بن عبد الرحمن وغيرهم ، وعنه أحمد بن إبراهيم ، وأحمد بن زياد وإسحاق بن موسى وغيرهم ، كان أحد حفاظ الإسلام للحديث وعلله . مات عام ٢٧٥ هـ . انظر : الجرح والتعديل (١٠١/٤) ، تقريب التهذيب (٣٢١/١) .

(٥) هو محمد بن مسلم بن عبد الله .. بن كلاب الزهري روى عن عمر ، وسهل بن سعد ، وأنس بن مالك ، وغيرهم ، وعنه عقيل ، ويونس ، والزبيدي ، ومعمر ، وشعيب ، وغيرهم ، قال الليث : « ما رأيت عالمًا قط أجمع من الزهري » ، مات في رمضان سنة ١٢٤ هـ . انظر : تذكرة الحفاظ (١٠٨/١ ، ١١٣) الثقات لابن حبان (٣٤٩/٥ ، ٣٥٠) ، سير أعلام النبلاء (٣٢٦/٥) ، خلاصة تهذيب الكمال (٤٥٧/٢) .

(٦) يتجه هذا الاستدلال أن النبي ﷺ أنكر منه ذلك بقوله : « لا سبيل لك عليها أبدًا » ، ولو وقعت الفرقة بالطلاق لكان له عليها سبيل . انظر : الحاوي الكبير (٥٤/١١) .

(٧) سبق تخريجه

(٨) انظر : المبسوط (٤٣/٧) بدائع الصنائع (٢١٥٨/٥) ، البناية في شرح الهداية (٧٤١/٤) .

(٩) ما بين المعكوفين ساقط من النسخ وزدناها ليستقيم المعنى بها .

الطلاق [١]

٢٤٩٨٧ - قلنا : هذه اللفظة لم ينقلها أبو داود ولا الدارقطني [٢] . ولو ثبت كانت ردًّا لقوله كذبت عليها إن أمسكتها بما أخبر عليه الصلاة والسلام أن إمساكها لا يجوز ، كاذبًا كان أو صادقًا .

٢٤٩٨٨ - وقد قيل : لا سبيل لك عليها في مطالبتها بالمهر ، لأنه روى أنه قال : مالي فقال ﷺ : « إن كنت صادقًا فبما استحللت من فرجها ، وإن كنت كاذبًا فأولى » [٣] فعلى هذا قوله : لا سبيل لك يعني في مطالبتها بالمهر [٤] وقد قيل إن عويمرا لم يطلقها لكن علق طلاقها بشرط وهو الإمساك ، وقد أمسكها عقيب اليمين فوقع الطلاق ، فبين النبي ﷺ أن الفرقة وقعت بالحنث ، وأن البقاء على النكاح وهو الإمساك لا يجوز ، وهذا معنى لم يعرفه عويمر [٥] ولأنها فرقة يختص سببها بحضرة الحاكم ، فوجب أن لا تقع الفرقة بغير تفريق . أصله فرقة العنة [٦] .

٢٤٩٨٩ - فإن قيل : المعنى في فرقة العنة أنها تختلف فيها فوقعت على الحاكم [٧] .

٢٤٩٩٠ - قلنا : علة الأصل تبطل بالفرقة التي تقع فأريد ذلك ، وحيث إنها مختلف فيها ولا تقف على الحاكم . ولأن هذه الفرقة إن اتفق عليها فقد اختلف في المعنى الذي تقع به ، فصار اختلافهم في المعنى الذي تقع الفرقة به ، وتُرِكَ اختلافهم في نفس الفرقة .

---

(١) انظر : الحاوي الكبير (٥٤/١١) وما بعدها .

(٢) سبقت ترجمته .

(٣) أخرجه مثله بالحديث الذي قال : « إن كنت صدقت عليهما فهو بما استحللت من فرجها ، وإن كنت كذبت عليها فذلك أبعد لك » أخرجه النسائي في السنن (٣٧٦/٣) ، وأبو داود (٣٧٢/٢) .

(٤) انظر : البناية في شرح الهداية (٧٤١/٤) ، المبسوط للسرخسي (٤٣/٧) .

(٥) انظر : المبسوط للسرخسي (٤٣/٧) ، بدائع الصنائع (٢١٥٨/٥) ، وما بعدها .

(٦) قال في المبسوط : « ثم هذه الفرقة تختص بمجلس الحكم ، ولا يتقرر سببه إلا في نكاح صحيح ، فتكون الفرقة باطلة كالفرقة بسبب الجب والعنة ، وهذا لأنه باللعان يفوت الإمساك بالمعروف فيتعين التسريح بالإحسان ، فإذا امتنع منه ناب القاضي منابه فيكون فعل القاضي كفعل الزوج ، وإذا ثبت أنه طلاق فالحرمة بسبب الطلاق لا تتأبد . انظر : المبسوط للرخسي (٤٤/٧) .

(٧) اعتراض للمخالف على القياس على العنة بأن كلا من اللعان والعنة تفريق في مجلس الحاكم ، بأن اللعان لا يقع عند أبي حنيفة إلا بالحاكم دون الزوج والطلاق يملكه الزوج دون الحاكم ، وقد قال النبي ﷺ : « إنما الطلاق لمن أخذ بالساق » . انظر : الحاوي للماوردي (٥٤/١١) .

٢٤٩٩١ - قالوا : المعنى في فرقة العنة أنها تفتقر إلى المطالبة فكانت أبقاها ، وهذه الفرقة لا تحتاج إلى مطالبة فكانت تنفيذًا [(١)] .

٢٤٩٩٢ - قلنا : فرقة اللعان وإن لم يطالب بها فإن المطالبة واقعة بسببها ، وإنما فارقت فرقة العنة لأن الفرقة من العنة من حقوق الآدمي ، فاعتبر مطالبته ، والفرقة ها هنا من حقوق الله تعالى وشأنها من حقوق الآدميين ، فتعتبر المطالبة بالسبب دون المسبب ، كما تعتبر المطالبة في السرقة بالمال الذي هو حق الآدمي ، ولا تعتبر المطالبة بالقطع الذي هو حق الله تعالى . وحد القذف لما كان حقًّا لآدمي متعلقًا بنفس الحد [(٢)] اعتبرت المطالبة بنفس الحد [(٣)] .

٢٤٩٩٣ - قالوا : المعنى في العنة أن كون إقرارهما على بعد سببها ، ولما لم يجز الإقرار / على النكاح بعد اللعان وقعت الفرقة من غير إيقاع [(٤)] .

٢٤٩٩٤ - قلنا : يبطل إذا أسلمت امرأة الكافر فإنهما لا يقران على النكاح ، ولا تقع الفرقة إلا بمعنى حادث عندنا وهو تفريق الحاكم [(٥)] . وعندهم مضي الحيض [(٦)]

٢٤٩٩٥ - فإن قالوا : يجوز الإقرار على النكاح إذا لم يسلم [(٧)]

٢٤٩٩٦ - قلنا : وكذلك هناك يقر على النكاح إذا أكذب نفسه أو زنت المرأة ، ولأنه لفظ شهادة يختص بالحاكم والحكم المتعلق به يختص بالحاكم . أصله سائر الشهادات ، ولأن اللعان قول من قبل الزوج لو حصل بغير حضرة الحاكم لم تقع الفرقة ، فإذا حصل بحضرة القاضي لم تقع الفرقة أيضًا كسائر الأقوال [(٨)] ولأنا دللنا على أن البينونة تمنع فلو وقعت بلعان الزوج سقط لعان المرأة ، فلما صح لعانها دل على أن الفرقة لم تقع .

٢٤٩٩٧ - احتجوا : [(٩)] بقوله ﷺ : « المتلاعنان لا يجتمعان أبدًا » [(١٠)]

٢٤٩٩٨ - قلنا : هذا دليل عليكم لأن النهي عن الاجتماع يقتضي وجود الاجتماع ؛ إذ النهي لا يصح عما لا يتصور وجوده ، ولأن الخبر يقتضي أن لعانها إذا حصل لم

---

(١) انظر : الحاوي الكبير : (٥٤/١١) .
(٢) غير واضحة بهامش (ص) .
(٣) انظر : بدائع الصنائع (٢١٥٨/٥) ، المبسوط للسرخسي (٤٤/٧) .
(٤) انظر : الحاوي الكبير (٥٤/١١ ، ٥٥) .
(٥) انظر : الاختيار (٥٤/٣) .
(٦) انظر : المهذب (٦٧/٢) .
(٧) انظر : المهذب (٦٧/٢) .
(٨) انظر : بدائع الصنائع (٢١٥٩/٥) .
(٩) انظر : المهذب (١٦٣/٢) .
(١٠) أخرجه البيهقي في سننه الكبرى (٤٠٩/٧) .

يجتمعا ، فدليله قولهم أن يجتمعا بعد لعان أحدهما ، فيصير دلالة لنا دون ما قالوا : المتلاعنان حقيقة حال التشاغل باللعان فأما إذا فرغا منه يقال كانا متلاعنين ، فدل على أن الفرقة تقع حال لعانهما ، وهذا على قولنا المتلاعنان المتشاغلان ، فإذا لاعن أحدهما فالاسم لا يوجد وتقع الفرقة عندكم في حال تناولها الاسم مجازًا فبطل اعتبار الحقيقة [١] .

٢٤٩٩٩ - قالوا : روي أن عويمرًا لما لاعن أربع مرات أمر النبي ﷺ [٢] من وضع يده على فيه فقال : إنها الموجبة فدل أنها الموجبة للفرقة .

٢٥٠٠٠ - قلنا : بل هي موجبة للعان المرأة وعند مخالفنا للحد عليها [٣] تبين ذلك أنها لما لاعنت قال لها في الخامسة إنها موجبة . وعندهم أن الفرقة لا تقع بلعانها [٤] فكل من حملوا عليه اللفظ في لعانها فهو جوابنا في لعان الزوج .

٢٥٠٠١ - قالوا : فرقة تجردت عن عرض لا تنفرد بها الزوجة فوجب أن ينفرد بها الزوج كالطلاق [٥]

٢٥٠٠٢ - قلنا : يبطل بفرقة العنة [٦] وفرقة الإعسار على قولهم [٧] . ثم عندهم لا ينفرد الزوج بهذه الفرقة ، وإنما تقع عقيب لعانه من طريق الحكم [٨] . وإنما يقال : انفرد بها إذا وقعت على فعله ، والمعنى في الطلاق أن سببه لا يختص بالحاكم فلم يقف التفريق عليه واللعان يختص بحضرة الحاكم ، فالفرقة الموجبة تقف عليه كفرقة العنة .

٢٥٠٠٣ - قالوا : معنى يمنع إقرارهما على النكاح فوجب أن تقع به الفرقة دون حكم الحاكم . أصله الطلاق والردة والرضاع وملك أحد الزوجين قيل : لإقرار المرأة [٩] .

---

(١) قلنا : و « الحديث يناقش أيضًا بأنه لم يرد مرفوعًا وإنما روي موقوفًا على جماعة من الصحابة ، من ذلك ما رواه أبو داود (٢١٢/٢) ، من حديث ابن شهاب عن سهل بن سعد في هذا الخبر قال : « فطلقها ثلاث تطليقات فأنفذه رسول الله ﷺ فمضت السنة بعد في المتلاعنين إذا افترقا لا يجتمعان أبدًا » ، وعند عبد الرزاق في المصنف : المتلاعنان لا يجتمعان أبدًا ، موقوفًا على عمر وابن مسعود ﷺ . انظر : البناية في شرح الهداية (٧٤٠/٤) .

(٢) انظر : الحاوي الكبير (٥٢/١١) . (٣) انظر : الحاوي الكبير (٢٨/١١) .

(٤) انظر : الحاوي الكبير (٥٢/١١) . (٥) انظر : الحاوي الكبير (٥٣/١١) .

(٦) مراد المصنف أن في الفرقة عند المخالف لا تثبت المدة إلا بالحاكم لأنه يختلف فيها فلا يثبت بقول الزوج كالإيلاء . انظر : المهذب (٦٣/٢) .

(٧) إذا أعسر الزوج بالنفقة فلها أن تفسخ النكاح ، وإذا اختارت الفسخ لم يجز الفسخ إلا بالحاكم ، لأنه فسخ مختلف فيه ، فلم يصح إلا بالحاكم كالفسخ بالتعنين . انظر : المهذب (٢١٠/٢) .

(٨ ، ٩) انظر : الحاوي للماوردي (٥٣/١١) .

٢٥٠٠٤ - فإن قالوا : يجوز الإقرار إذا أسلم (١) .

٢٥٠٠٥ - قلنا : وكذلك نقول هاهنا إنه يجوز إذا أكذب نفسه ، والمعنى في جميع ما ذكروه أن الفرقة لو وقعت به بحضرة الحاكم وقعت به بغير حضرته ، ولما لم تقع الفرقة في اللعان إذا حصل بغير حضور الحاكم كذلك إذا حصل بحضرته .

٢٥٠٠٦ - قالوا : قول يمنع إقرار أحد الزوجين على الزوجية فوجب أن يكون حكم الحاكم تنفيذا لا إيقاعًا كالشهادة على الطلاق والإقرار (٢) .

٢٥٠٠٧ - قلنا : لا نسلم أنه يمنع الإقرار على ما بينا ولا يمنع أن نمنع الإقرار ، ويقف زوال النكاح على حكم ، كما أن المشتري لا يقر على الشركة بحق الشفيع ، ولا ينقل النكاح وزوال ذلك الملك يقف على معنى يحدث ، وكذلك ولد النصراني إذا أسلم .

٢٥٠٠٨ - قالوا : يدل على أن لعان المرأة لا مدخل له في نفي النسب أن الزوج يدعي التفريق يحققه باللعان ، والمرأة تدعي ثبوت النسب وتلاعن على ضد ما يلاعن الزوج عليه ، فإذا كانت يمينها على ثبوت النسب لم يكن سببًا في نفيه (٣) .

٢٥٠٠٩ - قلنا : لعانها ليس سببًا لقطع الفراش ، ومن أحكام قطعه نفي النسب الثابت به . ولأن كل واحد من المتبايعين إذا اختلفا يختلف على إثبات العقد بصفة ينفيها الآخر ثم يفسخ البيع بتحالفهما (٤) كذلك هاهنا يلاعن على إثبات ما ينفيه ثم ينفسخ العقد وتنتفي أحكامه .

٢٥٠١٠ - قالوا : المعتبر في النفي بقول الزوج ، بدلالة أنه لو اعترف ونفته ثبت . ولو نفاه وادعته انتفى . ولو عاد فأقر به بعد نفيه ثبت (٥) .

٢٥٠١١ - قلنا : نفي الزوج لا ينفي النسب به لأنها تنفيه عن غيرها ولا يثبت باعترافها ، لأنها تلزم غيرها حقًّا وإن اجتمعا على النفي لم يؤثر ، لأن ثبوت النسب حق للولد فلا يقبل قولها عليه (٦) .

(١ ، ٢ ، ٣ ، ٤ ، ٥) انظر : الحاوي الكبير (٥٣/١١) .

(٦) استدل الشافعية ومن وافقهم أيضًا بأن اللعان يمين عندهم بأن الحكم بكل واحد منه تنفيذ وليس بإيقاع ، ولأن حكم التنفيذ يجوز من غير طلب كالحكم بشهادة ، أو يمين ، وحكم الإيقاع لا يجوز إلا بعد الطلب كالفسخ في العنة ، وفرقة اللعان لا تفتقر إلى طلب فدل على اختصاصها بالتنفيذ دون الإيقاع ، ولأن اللعان تقع به الفرقة ، وينتفي به النسب فلما اختص نفي النسب بلعان الزوج وجب أن يكون وقوع الفرقة بمثابته ، لأنه أحد حكمي اللعان . انظر : الحاوي الكبير (٥٣/١١) .

مسألة ١٢٢٦

هل الفرقة في اللعان فسخ أم طلاق

٢٥٠١٢ - قال أبو حنيفة ومحمد : فرقة اللعان طلاق (١)

٢٥٠١٣ - وقال الشافعي : فسخ (٢) .

٢٥٠١٤ - لنا : أنها فرقة تتعلق من جهة الزوج بطارئ على النكاح يختص به ، فكان طلاقًا لقوله أنت طالق (٣) .

٢٥٠١٥ - فإن قيل : لا يسلم أنها تتعلق بسبب من جهة الزوج ، بل تتعلق بسبب من جهة الزوجين والحاكم (٤) .

٢٥٠١٦ - قلنا : الفرقة تتعلق باللعان الموجب بالقذف ، وهو سبب من جهة الزوج وأيضًا لعان المرأة لا يمنع كون السبب من جهته (٥) كما لو قال : إن دخلت الدار فأنت طالق فالسبب من جهته وإن اعتبر انضمام معنى آخر وهو فعلها (٦) .

٢٥٠١٧ - فإن قالوا : لا نسلم أنه يختص بالنكاح في الأصل ولا في الفرع فيثبت

---

(١) انظر : المبسوط للسرخسي (٤٤/٧) ، شرح فتح القدير (١١٩/٤) ، بدائع الصنائع (٢١٥٨/٥) ، البناية في شرح الهداية (٧٤٢/٤) .

(٢) ومعه أبو يوسف وزفر من الحنفية ومالك وأحمد . انظر : المبسوط للسرخسي (٤٤/٧) ، بدائع الصنائع (٢١٥٨/٥) ، البناية في شرح الهداية (٧٤٢/٤) ، مغني المحتاج ٣٨٠ ، الحاوي للماوردي (٥٤/١١) ، شرح المذهب (٤٥٣/١٦) ، بداية المجتهد (٩١/٢) ، والمغني لابن قدامة (٤١٢/٧) .

(٣) انظر : المبسوط للسرخسي (٤٤/٧) ، بدائع الصنائع : (٢١٥٨/٥) .

(٤) اختلف الفقهاء في الفرقة بماذا تقع على ثلاثة مذاهب : المذهب الأول : وهو مذهب الشافعي أنها تقع بلعان الزوج وحده ، وإنما يختص لعان الزوجة بإسقاط الحد عنها لا غير ، وإن حكم الحاكم بالفرقة يكون تنفيذًا ولا يكون إيقاعًا ، وقال مالك وأحمد بن حنبل في رواية إن الفرقة تقع بلعان الزوجين ، ولا تقع بلعان أحدهما ، ويقوم الحاكم بالفرقة تنفيذًا لا إيقاعًا ، وقد خالفوا الشافعي في وقوع الفرقة بلعانهما ، ووافقوه في أن حكم الحاكم بها تنفيذ ، وليس بإيقاع . وقال أبو حنيفة وأحمد في رواية أخرى لا تقع بلعانهما وإنما بتفريق الحاكم بينهما ، فيكون حكم الحاكم بها إيقاعًا لها لا تنفيذًا . انظر : بدائع الصنائع (٢١٥٨/٧ - ٢١٥٩) ، بداية المجتهد (٩١/٢) ، الحاوي الكبير (٥١/١١ ، ٥٢) ، المغني لابن قدامة (٥١٠/٧) .

(٥) ربما الصحيح [من جهتها] .

(٦) انظر : المبسوط للسرخسي (٤٤/٧) ، بدائع الصنائع (٢١٥٦/٥ ، ٢١٥٧) .

اللعان عندنا في غير النكاح إذا كانت موطوءة بشبهة وفي الأصل يقع به العتق إذا نوى (١) .

٢٥٠١٨ - قلنا : التعليل بغير النكاح يختص بالنكاح لأنه لا يتم إلا بين الزوجين ، ولأن اللعان لا يصح إلا في النكاح ، والشبهة باليمين هي شبهة النكاح فالاختصاص من هذا الوجه (٢)

٢٥٠١٩ - فأما وقوع العتق به فذلك لا يمنع أن يختص بالنكاح وإنما يعتبر به عندهم بعد العقد ، فأما أن يقع الطلاق من غير نكاح فلا .

٢٥٠٢٠ - فإن قيل : فالمعنى في الطلاق أنه يقف على إيقاع الزوج أو من يقوم مقامه (٣) .

٢٥٠٢١ - قلنا : وكذلك فرقة اللعان تقف على الحاكم وهو قائم مقامه ، ولو واقعها الزوج فطلقها [...] (٤) عندنا (٥)

٢٥٠٢٢ - قالوا : المعنى في الطلاق أنه عزيمة ترتفع بإضافة الزوج (٦)

٢٥٠٢٣ - قلنا : فرقة اللعان لا عود فيها ، فلا تقبل الإضافة ولا ترتفع بالعقد ، لأن المعنى الموجب للتحريم فيها زوال الملك ، وذلك يرتفع بالعقد (٧) . ولا يلزم العود في

(١) انظر : الشرح الصغير (٦٥٧/٢) .

(٢) ذهب الأحناف إلى أن اللعان : « قد يكون من غير نكاح إذا كانت موطوءة بشبهة » ، ومذهب الشافعية « أن هذا التعليل غير صحيح ، لأن اللعان من نكاح فلم يجز في غير النكاح ، ولأنه لا يتم إلا من زوجين والتفريق يقع بالقاضي » . انظر : المبسوط للسرخسي (٤٤/٧) ، بدائع الصنائع (٢١٥٦/٥) .

(٣) انظر : الحاوي للماوردي (٥١/١١ ، ٥٢) .

(٤) يشير ناسخ المخطوط الأصلي إلى وجود سقط لم يستدركه هو بالإشارة إلى ذلك .

(٥) انظر : بدائع الصنائع (٢١٥٧/٥) ، شرح فتح القدير (١١٩/٤) . أجاب المعترض بأن هذا القول فيه تناقض لأن الطلاق يملكه الزوج دون الحاكم ، قال النبي ﷺ « إنما الطلاق لمن أخذ بالساق » فإن قيل فقد فعلتم مثل هذه المناقضة لأنكم جعلتم الفرقة موقوفة بالزوج دون الحاكم ، والزوج لا يقع منه إلا الطلاق ، قيل : « قد يصح من الزوج الطلاق بغير سبب ، والفسخ إذا كان عن سبب كالفسخ بالعيوب ، وهذه الفرقة لسبب فكانت فسخًا ولم تكن طلاقًا » ، فلم يكن في هذا القول تناقض لأن الطلاق يقع بما يختص من ألفاظه من صريح وكناية ، وهذه الفرقة لا تقع بصريح الطلاق ولا كنايته . انظر : الحاوي للماوردي (٥٤/١١) .

(٦) انظر : مغني المحتاج (٣٧٨/٣) ، المهذب (٩٨/٢) .

(٧) هنا ثمرة الخلاف والذي يترتب عليه خلاف آخر وهو : هل تحريم الرجل للمرأة مؤبد ، أم غير مؤبد ؟ ذهب الإمام أبوحنيفة ومحمد إلى أنه غير مؤبد ، وذهب الإمام الشافعي وزفر والإمام مالك وأحمد إلى أنه مؤبد . استدل الإمام أبو حنيفة : بأن الثابت بالنص اللعان بين الزوجين ، فلو أثبتنا به الحرمة المؤبدة كان زيادة على النص وذلك لا يجوز ، خصوصًا فيما كان طريقه طريق العقوبات ، ثم هذه فرقة تختص بمجلس الحاكم =

العدة في الردة [١] .

٢٥٠٢٤ – قلنا : لا يختص بالنكاح فإن الأحكام تتعلق بالردة في النكاح وغيره ، ولا يلزم خيار البلوغ لأن ذلك لا يختص بالنكاح بل تثبت في الإجارة [٢] ، كما إذا أجر الولي الصغير ثم بلغ ، ولأنها فرقة تشترك الزوجات في سببها ، ولا توجب تحريمًا مؤبدًا كالخلع [٣] . وإذا ثبت بيان أن التحريم لا يتأبد ثبت أنها طلاق [٤]

٢٥٠٢٥ – احتجوا : بما روى ابن عباس في قصة هلال بن أمية إلى أن قال : وفرق رسول الله ﷺ بينهما وقضى أن لا يدعى ولدها لأب ولا يرمى ولدها فمن رماها أو رمى ولدها فعليه الحد [٥] .

٢٥٠٢٦ – وقضى أن لا يثبت لها نفقة ولا سكنى ، من أجل أنهما مفترقان من غير

= ولا يتقرر سببه إلا في نكاح صحيح فتكون فرقة بطريق الطلاق كالفرقة بسبب الجب والعنة ، وهذا لأنه باللعان يفوت الإمساك بالمعروف فيتعين التسريح بالإحسان ، فإذا امتنع منه ناب القاضي منابه ، فيكون فعل القاضي كفعل الزوج . و إذا ثبت أنه طلاق فالحرمة بسبب الطلاق لا تتأبد . فأما الحديث فقد بينا أن حقيقة المتلاعنين حال تشاغلهما باللعان ، ومن حيث المجاز إنما يسميان متلاعنين ما بقي اللعان بينهما حكمًا ، وإنما تجوز المناكحة بينهما إذا لم يبق اللعان بينهما حكمًا ، لأنه إذا أكذب نفسه يقام عليه الحد لإقراره على نفسه بالتزام الحدود مع ضرورة إقامة الحد ، وكذلك إن أقرت المرأة بالزنا . انظر : المبسوط للسرخسي (٤٤/٧) ، شرح فتح القدير (١١٩/٤) . واستدل الشافعي ومن معه . بقول رسول الله ﷺ : « المتلاعنان إذا تفرقا لا يجتمعان أبدًا » أخرجه الإمام البيهقي (٤١٠/٧) ، الدارقطني (٤/٣) ، أي أن سبب هذه الفرقة يشترك فيه الزوجان ، والطلاق يختص به الزوج ، فما يشترك الزوجان فيه لا يكون طلاقًا . ومثل هذا السبب متى كان موجبًا للحرمة كانت مؤبدة كالحرمة بالرضاع . توضيحه أن ثبوت الحرمة هنا باللعان نظير حرمة قبول الشهادة بعد الحد في قذف الأجنبي وذلك يتأبد فكذلك هنا . انظر الحاوي الكبير (٧٥/١١ ، ٧٦) ، المهذب (٨٠/٢) .

(١) احتج المخالف بأن الردة فقال : إن الردة قد لا تقع بها الفرقة إذا عاد إلى الإسلام في العدة ، ولم يتأبد تحريمها إذا وقعت الفرقة ، بخلاف اللعان . انظر : الحاوي (٧٦/١١) ، المهذب (٨٠/٢) .

(٢) الإجارة لغة : اسم للأجرة وهي كراء الأجير ، وقد آجره إذا أعطاه أجرته من بابي طلب وضرب فهو آجر وذاك مأجور . واصطلاحًا : عقد على المنافع بعوض . أي : ولا يجوز تصرف الصبي غير المميز مطلقًا ولا المميز إلا بإذن وليه . فإن أذن له وليه ، جاز تصرفه لأن إذن الولي آية أهليته ، والطلاق منه لا يقع وكذا العتاق إذا حدث منه . انظر : اللباب (٢٨٤/١ ، ٢٨٥ ، ٣٠٦) .

(٣) وهو في اللغة : القلع والإزالة ، وفي الشرع : هو إزالة الزوجية بما تعطيه من المال . انظر : الاختيار (١٢٠/٣) .

(٤) انظر : المبسوط للسرخسي (٤٤/٧) ، بدائع الصنائع (٢١٥٩/٥) .

(٥) أخرجه أبو داود في السنن في باب اللعان (٣٧٠/٢ ، ٢٢٥٦) .

طلاق ولا هي متوفى عنها زوجها [١] .

٢٥٠٢٧ – قلنا : هذا الخبر على هذا الوجه ذكره أبو داود [٢] وقوله من أجل أنهما مفترقان بغير طلاق ليس من كلام رسول الله ﷺ لأن سقوط النفقة والسكنة لا يعلل بأن الفرقة بغير طلاق [٣]

٢٥٠٢٨ – فإن قيل : قول ابن عباس مقدم على القياس .

٢٥٠٢٩ – قلنا : لا نعلم أيضًا أن التعليل من قوله ويجوز أن يكون من قول عكرمة [٤] وقول الصحابي يقدم على القياس إذا لم يعرف له مخالف وقد اختلف السلف في فرقة اللعان هل توجب تحريمًا مؤبدًا أم لا ؟ [٥]

٢٥٠٣٠ – قالوا : فرقة توجب تحريم عقد النكاح ، ولا يزول بإصابة زوج ، فوجب أن لا يكون طلاقًا قياسًا على الرضاع [٦]

٢٥٠٣١ – قلنا : إصابة الزوج تؤثر في الفرقة متى استوفى بها عدد الطلاق . وهذه الفرقة طلاق بائن ، ولا يرتفع التحريم بالإصابة ، وإنما يرتفع بزوال ما أوجب التحريم ففي الطلاق وقع التحريم بزوال الملك فيحل الملك فلابد من زوال حكمها حتى يزول التحريم والمعنى في تحريم النكاح أنه لا يختص بالرضاع [٧]

---

(١) ، وقال في الحاوي : « إنه لو جاز أن تحل لوجب أن يذكر شرط الإحلال كما قال في الطلاق الثلاث : ﴿فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾ [البقرة : ٢٣٠] . انظر : الحاوي للماوردي (٧٦/١١) .

(٢) هو الإمام الحافظ سليمان بن الأشعث بن شداد ... السجستاني روي عن محمد بن كثير ومسلم بن إبراهيم وسليمان بن عبد الرحمن وغيرهم ، وعنه أحمد بن إبراهيم وأبو عمر وأحمد بن علي أحمد بن محمد بن زياد وغيرهم قال أبو بكر الخلال الإمام المقدم في زمانه : « رجل لم يسبق إلى معرفته بتخريج العلوم » ، وقال أحمد بن محمد الهروي : « كان أحد حفاظ الإسلام للحديث وعلمه وعلله » ، وسنده في أعلى درجة مع التنسك . مات سنة ٢٧٥ هـ انظر : تهذيب التهذيب ١٦٩/٤ – ١٧٣ ، تذكرة الحفاظ (٥٩١/٢-٥٩٣) ، الجرح والتعديل (١٠١/٤ ، ١٠٢) ، تقريب التهذيب (٣٢١/١) ، للإمام ابن حجر العسقلاني .

(٣) بأنه لو وقعت الفرقة بمجرد اللعان لأنكر عليه النبي ﷺ تطليقه وقوله ﷺ : « لا سبيل لك عليها » إنما هو إنكار طلب ماله منها على ما يدل عليه تمام الحديث وهو قوله : يا رسول الله مالي ، قال : « لا مال لك إن كنت صدقت عليها فهو بما استحللت من فرجها ، وإن كنت كذبت عليها فذلك أبعد لك منها » فدل تفريقه ﷺ على وقوع الطلاق . انظر : شرح فتح القدير (١١٩/٤) .

(٤) سبقت ترجمته .

(٥) هذا السؤال من ضمن مسائل الكتاب .

(٦) انظر : الحاوي للماوردي (٥٤/١١) ، مغني المحتاج (٨٣٠/٣) تكملة المجموع (٤٥٣/٦١) .

(٧) انظر : المبسوط للسرخسي (٤٤٠/٧) .

٢٥٠٣٢ - قالوا : فرقة لا يقف وقوعها على إيقاع الزوج ولا ينوب عنه ، فوجب أن لا يكون طلاقًا . أصله فرقة الطلاق والردة (١)

٢٥٠٣٣ - قلنا : الفرقة لا تقف على إيقاعه ، لكنها تقف على سبب من جهتها ، ولكن تختص النكاح ، فهي كتخييره لامرأته (٢)

* * *

---

(١) معنى الاعتراض أن الردة قد لا تقع بها الفرقة إذا عاد إلى الإسلام قبل انقضاء العدة . ولم يكن طلاقًا ، لأن الطلاق لما كان منه يرفع العقد ضعف عن تحريم الأبد و خالف تحريم ما لا يصح أن يثبت معه العقد لقوته . نظر : الحاوي للماوردي (٧٦/١١) ، المهذب في باب الطلاق (٩٨/٢) .

(٢) انظر : شرح فتح القدير (١١٨/٤) .

مسألة ١٢٢٧

إذا قال كل واحد من الزوجين ثلاث ألفاظ وفرق القاضي

٢٥٠٣٤ - قال أصحابنا : إذا قال كل واحد من الزوجين ثلاث ألفاظ للعان وفرق القاضي وقعت الفرقة (١)

٢٥٠٣٥ - وقال الشافعي : لا تقع (٢) .

٢٥٠٣٦ - لنا : أن المجتهد في هذه المسالة لا يخالف حكمه نصًا من الإجماع ، لأن اللّٰه تعالى ذكر اللعان ولم ينص على موضع الفرقة (٣)

٢٥٠٣٧ - ولهذا اختلف فيها ؛ فمنهم من قال : تقع بلعان الزوج (٤) ومنهم من قال بلعانها (٥) أما مخالفة الإجماع فلا !

٢٥٠٣٨ - لنا : ما قال أبو حنيفة من وقوع الفرقة بحكمه ولم ينعقد إجماع في مخالفته . ومن اجتهد ولم يخالف نصًا ولا إجماعًا لم ينقض حكمه (٦) لأن المقصود من تكرار الواحد اللعان أن يستعظم الحرمة فيرجع إن كان كاذبًا ، وهذا موجود في ثلاث مرات ، ولأن ألفاظ / الشهادة قد اعتبر تكرارها أربع مرات يجوز أن يجتهد فيها ، فيلحق اللعان بعددها (٧) . ونقول قد يقام الأكثر في الأصول مقام الجميع بدلالة أن أكثر الركعة

(١) انظر : المبسوط للسرخسي (٤٧/٧) ، شرح فتح القدير (١١٨/٤) حاشية ابن عابدين (٤٨٩/٣) ، البناية في شرح الهداية (٧٥٥/٤) .

(٢) الإمام مالك وأحمد متفقان مع الشافعي من حيث عدم صحة تفريق الحاكم ، لكن يختلفان في وقوع الفرقة . فقالا : إنه لا يفرق بينهما إلا بعد كمال لعانهما ، وإن فرق قبل ذلك كان تفريقًا باطلًا ، فوجوده كعدمه . بينما قال الإمام الشافعي حتى يكمل الزوج لعانه . انظر : بداية المجتهد : (٩١/٢) ، الحاوي الكبير للماوردي (٧٨/١١ ، ٧٩) ، مغني المحتاج (٣٧٥/٣) ، المهذب : (١٦٠/٢) ، روضة الطالبين وعمدة المفتين (٣٥١/٨) ، المغني لابن قدامة (٤١١/٧ ، ٤١٢) .

(٣) انظر : المبسوط للسرخسي (٤٧/٧) ، شرح فتح القدير (١١٨/٤) .

(٤) أي : هذا ما ذهب إليه الإمام الشافعي . انظر : الحاوي الكبير (٧٤/١١) .

(٥) وهذا ما ذهب إليه الإمام مالك وأحمد ، انظر : بداية المجتهد (٩١/٢) ، المغني لابن قدامة (٤١١/٧ ، ٤١٢) .

(٦) أي : لم ينقض الاجتهاد حكم الإجماع ، والاجتهاد هنا هو اجتهاد القاضي في حكمه على نحو لا يناقض إجماعًا . انظر : الموافقات : (٣٤٦/٣) ، المستصفى (٣٥٠/٢ ، ٣٥١) .

(٧) هذه حجة لأبي حنيفة وأصحابه على أن الملاعنة ثلاث مرات إذا فرق القاضي بها فإن التفريق واقع منه من حيث أنه اعتبر بالأربع فاعتبر بالثلاث كذلك .

تقوم في حق المدرك مقام جميعها [١] وأكثر أركان الحج إذا فعلها لم يفسد حجه [٢] وقد وجد تكرار الأكثر ، ولا معنى لقولهم إن أكثر أعضاء الطهارة لا يقوم مقام [٣] جميعها لأنا لم ندع أن هذا في الأصول ، ولكنا قلنا نحكم بما له نظير من الأصول حيث تحقق المعنى الذي قام به الأكثر مقام الكل ، ولم يوجد هذا في أعضاء الطهارة .

٢٥٠٣٩ - احتجوا : بأن الله تعالى قال : ﴿ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍ بِٱللَّهِ ﴾ [٤] ﴿ وَٱلْخَٰمِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ ٱللَّهِ عَلَيْهِ ﴾ [٥] فأخرجه من حكم القذف بهذا العدد [٦] فمن زعم أنه خرج منه بأقل منه فقد خالف النص [٧] .

٢٥٠٤٠ - قلنا : هذا الحاكم يقول [٨] أنا لا أخرجه من حكم القذف بإثبات العدد بل أفرق ثم أتمم العدد ، فأخرجته من حكم القذف بكون الزوج ينفرد اللعان ، فيخرج من حكم القذف بلعانه خاصة ، والله تعالى أسقط حكم القذف بلعانهما فلم يسغ لك هذه المخالفة ولم يسغ لي .

٢٥٠٤١ - قالوا : لاعن رسول الله ﷺ بين الزوجين بالتحليف عشر مرات [٩] .

٢٥٠٤٢ - قلنا : هذا الحاكم يقول إن النبي ﷺ فعل أحد الجائزين ، وذلك لا يمنع من الآخر [١٠] .

---

(١) انظر : نيل الأوطار في حديث إذا أدرك الإمام راكعًا فهل تحسب له (٤٣٦/٢) ، ومن أدلته حديث أبي بكرة حيث ركع وهم ركوع ثم أقره ﷺ على ذلك .

(٢) هذا كما ورد في الإحصار وبماذا يكون به ، فقال جمهور الفقهاء : يكون من كل حبس يحبس الحاج من عدو و مرض و غير ذلك ، ومنهم من قال : يكون بالمرض و الكبر و الخوف ، إلا أنه يدل على أنه يجوز أن يلحق الأكثر بالجميع ، وقد اختلف العلماء في وجوب الهدى أو في وجوب القضاء من عمرة ، و الحق أنه لا يجب كل واحد منهما على المحصر . انظر : نيل الوطار (٧٦٢/٢ ، ٧٦٣) .

(٣) في [ن] مقامها . (٤) سورة النور : الآية ٦ . (٥) سورة النور : الآية ٧ .

(٦) أي ، أن القذف لم يشرع فيه أن يقول الزوج أمام الحاكم أربع مرات : « أشهد بالله أني لمن الصادقين » ، ثم يقول و « عليّ لعنة الله إن كنت من الكاذبين » . و تقول المرأة أربع مرات : « أشهد بالله إنه لمن الكاذبين » ، ثم تقول : « وعليّ غضب الله إن كان من الصادقين » .

(٧) انظر : مغني المحتاج (٣٧٥/٣) ، المغني لابن قدامة (٤١٢/٧) .

(٨) ساقط من (م)

(٩) أي : ما قاله الزوج أمام الحاكم من اللعان أربع مرات ، والخامسة أن عليّ لعنة الله إلى آخره ، وكذا المرأة تقول ذلك أربع مرات ، والخامسة أن عليّ غضب الله إلى آخره ، فصار ضعف ما قاله الرجل على ما قالته المرأة عشر مرات .

(١٠) قال في المبسوط : « ألا ترى أنه لو فرق بينهما بعد لعان الزوج وقبل لعان المرأة ينفذ حكمه لكونه مجتهدًا =

٢٥٠٤٣ – قالوا : إنما يسوغ الاجتهاد إذا فعل القاضي ما اختلف فيه [١] وقد أجمعنا أنه لا يجوز أن يفرق .

٢٥٠٤٤ – قلنا : أبو حنيفة لا يقول هذا ، بل يقول لا يجوز له هذا في اجتهادي ولأن أبا حنيفة إذا نفَّذ حكمه فقال : لا ينبغي أن يفعل ذلك فكأنه قال بجواز الأمرين ، وأحدهما أولى من الآخر [٢]

٢٥٠٤٥ – قالوا : معنى ذو عدد يتخلص به الزوج من قذفه ، فإذا حكم الحاكم بدون ذلك العدد [٣] لم ينفذ حكمه فيه [٤] كما لو أقام عليها ثلاثة من الشهود

٢٥٠٤٦ – قلنا : نقلب فلا يتقدر العود فيه بمجيئه ، أصله الكتابة [٥] . ولأن المقصود من كل عدد الشهود ما يحصل من غالب الظن لهم [٦] .

٢٥٠٤٧ – قلنا : ذلك لا يقوم مقام الجميع ، والمقصود بالعدد في اللعان استعظام الزوج لتكراره ، وهذا يوجد في أكثره [٧] .

= فيه فبعد ما أتى كل واحد منهما بأكثر كلمات اللعان أولى . انظر : المبسوط للسرخسي : (٤٨/٧) .

(١) انظر : شرح البدخشي ومعه شرح الإسنوي (٢٦١/٣) .

(٢) انظر : المبسوط للسرخسي (٤٧/٧) .

(٣) انظر : المهذب (١٦٠/٢) ، المغني لابن قدامة (٤٣٨/٧) .

(٤) وقال في المغني : أما ألفاظه فهي خمسة في حق كل واحد منهما ، وصفته أن الإمام يبدأ بالزوج فيقيمه ويقول له : « قل أربع مرات : أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميت به زوجتي هذه من الزنا » ، ويشير إليها إن كانت حاضرة ولا يحتاج مع الحضور والإشارة إلى نسبها وتسميتها ، كما لا يحتاج إلى ذلك في سائر العقود ، وإن كانت غائبة أسماها ونسبها وتسميتها ، كما يحتاج إلى ذلك في سائر العقود ، فقال : « امرأتي فلانة بنت فلان » ، ويرفع في نسبها حتى ينفي المشاركة بينها وبين غيرها ، فإذا شهد أربع مرات وقفه الحاكم وقال : له « اتق الله فإنها الموجبة عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة . وكل شيء أهون من لعنة الله » ويأمر رجلًا فيضع يده على فيه حتى لا يبادر في الخامسة قبل الموعظة ، ثم يأمر الرجل فيرسل يده عن فيه فإن رآه يمضي ذلك قال له : « قل : وأن لعنة الله عليَّ إن كنت من الكاذبين فيما رميت به زوجتي هذه من الزنا . ثم يأمر المرأة بالقيام ويقول لها قولي : « أشهد بالله أن زوجي هذا لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا » وتشير إليه ، وإن كان غائبًا أسمته و نسبته ، فإذا كررت ذلك أربع مرات وقفها ووعظها كما ذكرنا في حق الزوج ، و يأمر امرأة فتضع يدها على فيها ، فإن رآها تمضي على ذلك قال لها : « قولي : وأن غضب الله عليَّ إن كان زوجي هذا من الصادقين فيما رماني به من الزنا » . انظر : المغني لابن قدامة (٤٣٦/٧) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط في (م) ، (ع) في صلب (ص) واستدرك في الهامش .

(٦) انظر : المهذب (١٦٠/٢) ، المغني لابن قدامة (٤٣٨/٧) .

(٧) انظر : المبسوط للسرخسي (٤٨/٧) ، البناية في شرح الهداية (٧٤٠/٤) .

لو قذف زوجته بأجنبي سماه

٢٥٠٤٨ - قال أصحابنا : إذا قذف زوجته بأجنبي لاعنها وحدها ، وحد للأجنبي إن طلب الحد [١] .

٢٥٠٤٩ - وقال الشافعي : في أحد قوليه يجب عليه حد واحد لهما ويسقط بلعانها ، وفي القول الآخر يجب حد واحد ، ويسقط باللعان إذا ذكر الأجنبي في لعانها [٢] .

٢٥٠٥٠ - وإن أغفل ذكر الأجنبي في اللعان ، ثم ذكره قال في الأم : يستأنف اللعان له وإلا أقيم عليه الحد [٣]

٢٥٠٥١ - وقال في الإملاء وأحكام القرآن سقط حقه تبعًا لحقها [٤] .

٢٥٠٥٢ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ ﴾ [٥] وقد أجمعوا أن قذف المحصنين مراد فكأنه قال : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ ﴾ [٦] بالمحصنين : فاجلدوهم ولم يفصل .

٢٥٠٥٣ - فإن قيل : المراد بالآية المحصن والمحصنة الذي يجب الحد بقذفهما

٢٥٠٥٤ - قلنا : الآية نزلت وقذف الزوجة يجب به الحد ، ثم نسخ فيها ذلك باللعان فبقى الأجنبي على الظاهر [٧] ولأن اللعان إذا كان حدًّا فهو من غير الجلد والحد ، وأن المختلفين لا يتداخلان وإن كان من غير جنس الحد فأولى أن لا يسقط

---

(١) الحكم المنصوص عليه في كتب المذهب « أنه لو قذف امرأة بغير ولد لاعنت ، وعليه الحد ، وإن قذفها أجنبي بذلك يحد » وقد جاء في فتح القدير أنه لو قذف امرأة لاعنت إن كان بغير ولد فعليه الحد لعدم ثبوت الزنا ، ولو قذفها أجنبي فإنه يحد لأنها محصنة في حق غير الزوج . ألا ترى أن اللعان في حقه قائم مقام حد القذف بالنسبة إلى الزوج لا بالنسبة إلى غيره حتى قبلنا شهادته . وجاء في الهداية « ولو قذف امرأة لاعنت بغير ولد فعليه الحد » انظر : شرح فتح القدير (١٠٤/٥) ، الهداية (١١٥/٢) ، العناية (١٠٤/٥) ، الاختيار (٢٨٢/٣) .

وقد سبق تفصيل هذه المسألة من المصنف [إن كان القذف بولد] وهي تحت رقم (٣١) من كتاب اللعان .

(٢) انظر : الحاوي للماوردي (٣٣/١١) ، والمهذب (١٦٤/٢ ، ٣٥٣)

(٣) انظر : الأم للشافعي (٢٩٦/٥) .

(٤) انظر : أحكام القرآن .

(٥) سورة النور : الآية ٤ .

(٦) سورة النور : الآية ٤ .

(٧) وذلك لأن المقصود من كل جنس غير المقصود من الآخر فلا يتداخل . انظر : الهداية : (١١٦/٢) .

باستئنافه ، ولأن عندكم إذا قذف جماعة لم تتداخل الحدود وإن كان من جنس واحد فأولى أن لا يتداخل . ولأنه قذف أجنبيًا فلم يسقط حكم قذفه باللعان كما لو أفرده [١] ولأنه قذف لم يصادف الفراش كما لو انفرد [٢] ولا يقال للأجنبي إذا أفرد فلا حاجة له في قذفه وها هنا به حاجة إلى ذكره ليدخل عليه الشين كما دخل عليه في شبه الولد كما قال رسول الله ﷺ [٣] .

٢٥٠٥٥ – قلنا : هو غير مصدق على الأجنبي حتى يقابله في إلحاق الشين وشبه الولد لا يتعلق به حكم ، وإنما ذكره عليه الصلاة والسلام لأنه علمه بالوحي ، وذلك لا يوجد في غيره [٤]

٢٥٠٥٦ – احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ ﴾ [٥] ولم يفصل بين أن سمى الزاني أو سكت عنه [٦]

٢٥٠٥٧ – قلنا : بين حكم الزوجة وسكت عن حكم الأجنبية لأنه بين بالآية الأخرى .

٢٥٠٥٨ – قالوا : هلال بن أمية قذف زوجته بشريك بن السمحاء ولاعن النبي ﷺ بينهما ولم يبين حد المقذوف [٧]

٢٥٠٥٩ – قلنا : [لأنه لو كان يجبره بالترهيب لفرض عندنا .

٢٥٠٦٠ – قالوا : يجب بفرض التعزير .

٢٥٠٦١ – قلنا] [٨] : لم ينقل أنه حضر أو طلب فلم يلزم عليه السلام ذلك .

٢٥٠٦٢ – قالوا : كان يجب أن يبين له ما يستحق من التعزير ، كما أنه قال في قصة

---

(١) مراد المصنف أن الأجنبي لو قذفها مفردًا لم تلاعن بينها وبين زوجها قبل قذف الأجنبي فهي محصنة وعليه الحد لقوله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ﴾ إلى قوله : ﴿ فَٱجْلِدُوهُمْ ثَمَٰنِينَ جَلْدَةً ﴾ . انظر : الهداية (١٠٤/٢) .

(٢) انظر : شرح فتح القدير (١٠٤/٥) ، العناية : (١٠٥/٥) .

(٣) انظر : الحاوي للماوردي (٣٣/١١) .

(٤) والحديث الذي يقصده المصنف هنا وهو قضاء رسول الله ﷺ بأن الولد إن جاءت به أكحل العينين سابغ الأليتين خدلَّج الساقين فهو لشريك بن السمحاء ، فجاءت به كذلك فقال رسول الله ﷺ : « لولا قضاء من كتاب الله كان لي ولها شأن » أخرجه البخاري (٤٤٩/٨) ، كتاب التفسير .

(٥) سورة النور : الآية ٦ .

(٦) انظر : النكت للشيرازي ورقة رقم ٢١٨ .

(٧) انظر : الحاوي للماوردي (٣٣/١١) .

(٨) ما بين المعكوفتين ساقطا من صلب (ص) واستدركت بهامش (ص) واجتهدنا في إثباتها بصعوبة لعدم وضوحها .

العسيب : « واغد يا أنيس [١] إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها [٢] ومعلوم أنه أمر بالستر في الحدود ولا يجوز أن يبحث عنها فعلم أنه أراد أن يبين لها حكم قذفها [٣] .

٢٥٠٦٣ - قلنا : النبي ﷺ إذا ادعى عنده الزنا وجب عليه أن ينظر في الدعوى لأنه هو الخصم [٤] وإذا حضر الشهود أحضر المشهود عليه وإنما المسمى حين لا يدفع إليه عليه أن يأتمر بالشيء بعد الترافع إلى الولي [٥]

٢٥٠٦٤ - قالوا : حكم يجب صدوره في أحد طرفي الزنا ، فوجب أن يسقط في القذفة الأخرى ، مثل الشهادة [٦] .

٢٥٠٦٥ - قلنا : لا نسلم أن اللعان يوجب صدقه ، وإنما يوجب قذفه ، ثم المعنى في الشهادة أن البينة لا تلحقها تهمة في حق الأجنبي فأسقطت القذف في حق الزوج ولا يتهم في حق زوجته فأسقط لعانه وقذفها ومتهم في حق الأجنبي فلم يسقط باللعان ، كما لا يسقط إذا انفرد [٧]

٢٥٠٦٦ - قالوا : به حاجة إلى قذفه حتى يدخل عليه الشين وتلحق الشبهة به إن ولدت ، فصار كقذفه لامرأته [٨] .

٢٥٠٦٧ - قلنا : لا حاجة إلى قذف امرأته ولا إلى قذف الأجنبي وإنما لم يجب الحد بقذفها ليس للحاجة ، وإنما لأنه لا يتهم بالقذف ؛ إذ يلحقه الشين ، وأن سبب العقوبة إذا صادف ملك الإنسان منع منها . فأما لما قالوا فلا ، ولأنا بينا أن الأجنبي لا يلحقه شين ولا يتعلق بالشبه حكم ، فيسقط هذا الكلام .

---

(١) هو أنس بن الضحاك الأسلمي ، وهو الذي أرسله النبي ﷺ إلى المرأة الأسلمية يرجمها إن اعترفت بالزنا انظر : أسد الغابة في معرفة الصحابة (١٥٧/١) .

(٢) أخرجه الإمام مسلم في صحيحه في باب من اعترف على نفسه بالزنا (١١٢/١١١/٢) ، والإمام مالك في الموطأ في كتاب الحدود (٨٢٢/٢) ، والترمذي في كتاب تحفة الأحوذي في باب الحدود (٦٩٧/٤ ، ١٤٥١) ، والأقضية (٤٩٩/٣) .

(٣) انظر : الحاوي للماوردي (٣٣/١١) ، المجموع (٤٣١/٠١٦)

(٤) وقال في البدائع : « لكن للعبد فيه حق لأنه ينتفع به بصيانة عرضه عن الهتك فيشترط فيه الدعوى » . انظر : بدائع الصنائع (٤١٩٣/٩) .

(٥) انظر : بدائع الصنائع (٤١٩٣/٩) .

(٦) انظر : الحاوي للماوردي (٣٣/١١) .

(٧) انظر : شرح فتح القدير مع العناية (١٠٤/٤) ، وما بعدها .

(٨) انظر : الحاوي للماوردي (٣٣/١١) والمجموع (٤٣١/١٦) .

مسألة ١٢٢٩

تحريم اللعان بائن أم مؤبد

٢٥٠٦٨ - فقال أبو حنيفة ومحمد : تحريم اللعان لا يتأبد فإذا أكذب الملاعن نفسه جاز أن يتزوجها وكذلك إذا حُد من القذف [١] بحضرة القاضي فلا يوجب تحريمًا مؤبدًا [٢] .

٢٥٠٦٩ - [وقال الشافعي : تحريم مؤبد] [٣] [٤]

٢٥٠٧٠ - أصله : فرقة العنة ، ولأنها فرقة تتعلق بسبب يشترك فيه الزوجان فأشبه الخلع ، ولأنها فرقة لدفع ضرر كفرقة الإيلاء ، ولأنها فرقة وقعت بين الزوجين بالقول فوجب أن لا تقع به حرمة مؤبدة كالطلاق والردة . ولا يلزم حرمة المصاهرة ، لأنها لا تكون بين الزوجين وإنما تكون بين الزوج وأم المرأة وبنتها . ولا يلزم عليه إذا أقر برضاع لأن التحريم لا يتعلق بالقول ، وإنما يتعلق بالفعل الذي حكاه بالقول ، لأن التحريم في إرضاع لم يعلم إلا بالقول لم يتأبد ، لأنهما لو تصادقا أنهما كذبا أو غلطا جاز أن يتزوجها [٥] .

٢٥٠٧١ - فإن قيل : المعنى في الطلاق أن من نوعه ما لا يجب بالعقد ، وكذلك إذا أبرم العقد لم يتأبد [٦] وليس كذلك اللعان لأنه ليس منه إلا ما يقطع النكاح ونحوه من العقد فلذلك يتأبد التحريم [٧] .

---

(١) هنا هامش زائد في (ص) غير واضح لعله : [لو رميت وقال أبو يوسف اللعان يتأبد بتكذيبه نفسه وقال الشافعي : ......] والمثبت من (م) و (ن) وانظر : نيل الأوطار (٢٧٢/٦) .

(٢) انظر : المبسوط للسرخسي (٤٤/٧) ، بدائع الصنائع (٢١٥٨/٥) ، شرح فتح القدير (١١٨/٤) ، الهداية (٢٤/٢) ، البناية في شرح الهداية (٧٤٢/٤) .

(٣) وهذه الزيادة مذكورة في (ص) ولكنها غير واضحة بالهامش .

(٤) وافقه الإمام مالك وأحمد . انظر : الأم للشافعي (٢٩١/٥) ، الحاوي للماوردي (٤٥٣/١١) ، روضة الطالبين (٣٥٦/٨) ، المدونة الكبرى (١٠٧/٣) ، الشرح الصغير (٦٦٩/٢) ، المغني لابن قدامة (٤١٥/٧ ، ٤١٦) ، كشاف القناع عن متن الإقناع (٤٠٢/٥) .

(٥) انظر : المبسوط للسرخسي (٤٤/٧) ، بدائع الصنائع (٢١٥٨/٥) ، شرح فتح القدير (١١٨/٤) ، الهداية (٢٤/٢) ، البناية في شرح الهداية (٧٤٢/٤) .

(٦) أي : من تحريم الزوجة الأربعة منها تحريم مؤبد كتحريم المصاهرة و الرضاع ، أما التحريم الباقي الثلاثة تحريم يرتفع بعقد كالطلاق الرجعي بعقد و إصابة زوج كالطلاق الثلاث ، فلما لم يكن تحريم اللعان ملحقًا بالأقسام الثلاثة في شروط الإباحة وجب أن يكون ملحقا بالأول المذكور في تأبيد التحريم ، انظر : الحاوي للماوردي (٧٦/١١).

(٧) انظر : الحاوي للماوردي (٧٦/١١) .

۲٥٠٧٢ – قلنا : الطلاق إذا استوفى الثلاث أوجب تحريم العقد ، وإنما من نوعه ما لا يكمل فلا يحرمه ، كذلك اللعان إذا كمل حرم العقد فإن لم يكمل لم تجب الفرقة فلا يتصور أن يحرم العقد (١) .

۲٥٠٧٣ – قالوا : المعنى في الفرقة بالعنة والإيلاء والردة أنه ليس من نوع هذه الفرقة ما يحرم العقد فكيف يوصف بتأبيد التحريم ، ولما كان اللعان يقطع العقد [ويحرم ابتداء النكاح حرمه على التأبيد (٢) .

۲٥٠٧٤ – قلنا : يبطل بالردة فإنها تقطع العقد] (٣) وتحرم الابتداء (٤) ولا يتأبد التحريم (٥) فكذلك الآخر (٦) .

۲٥٠٧٥ – قالوا : النسب حق يُقِرُّ به على نفسه ، فلزمه باعترافه وليس كذلك التحريم لأنه حق عليه فلم يكن إسقاطه بقولَه (٧) .

۲٥٠٧٦ – قلنا : لا يسقط بقوله عندنا وإنما يسقط من طريق الحكم إذا جعلنا شهادته قذفًا (٨) . ولأن النسب لا يثبت لأنه حق اعترف به على نفسه لكن تكذيبه لنفسه أسقط حكم لعانه ، فعاد النسب ، بدلالة أن من أقر بنسب ولد لا يعرف نسبه لم يثبته إلا بالتصديق ، وإن اعترف بحق على نفسه ، فلو كان كذلك هاهنا وقف على التصديق (٩) .

۲٥٠٧٧ – احتجوا : بما روي أن النبي ﷺ قال للعجلاني : « لا سبيل لك عليها » (١٠) . وهذا عام في جميع الأحوال (١١) .

---

(١) انظر : المبسوط للسرخسي (٤٤/٧) ، بدائع الصنائع (٢١٥٩/٥) .

(٢) انظر : الحاوي للماوردي (٧٦/١١) .

(٣) ما بين المعكوفين ساقط من (م) .

(٤) ساقط في (ن) .

(٥) بهامش (ص) زيادة غير واضحة أثبتنا منها [التحريم] نظما للسياق والمثبت من (م) .

(٦) أي : أن الردة دليل على عدم تأبيد التحريم ، كما أن اللاعن إذا أكذب نفسه يقام عليه الحد لإقراره على نفسه بالتزام الحدود ، ومن ضرورة إقامة الحد عليه بطلان اللعان ، ولا يبقى أهلًا للعان بعد إقامة الحد .

(٧) انظر : الحاوي الكبير للماوردي (٧٦/١١) ، المهذب (١٦٢/٢) ، أي : أن النسب يلحقه لأن ذلك حق عليه فعاد بتكذيبه ، ولا يعود الفراش ، ولا يرتفع التحريم لأنه حق له فلا يعود بتكذيبه نفسه .

(٨) انظر : المبسوط للسرخسي (٤٤/٧) .

(٩) انظر : بدائع الصنائع (٢١٥٦/٥) .

(١٠) أخرجه النسائي في سننه في اجتماع المتلاعنين (١٤٥/٦) .

(١١) انظر : مغني المحتاج (٣٨٠/٣) .

٢٥٠٧٨ - قلنا : لأنه طلقها ثلاثا فلا سبيل له عليها حتى تتزوج ويطلقها وتنقضي عدتها . والنبي ﷺ قال للعجلاني : « كذبت عليها » فبين النبي ﷺ ما يمنع الإمساك الذي ذكره عويمر [١] ، وهذا كما يقال : لا سبيل لك على ذات زوج / ولا سبيل لك على مال زيد ، وعلى المجوسية .

٢٥٠٧٩ - وروي عن سهل بن سعد الساعدي أنه قال : مضت السنة من المتلاعنين أن لا يجتمعا أبدا [٢] [٣] .

٢٥٠٨٠ - قلنا : المتلاعنان في الحقيقة المتشاغلان باللعان [٤] . فأما بعد نقضي الفعل فيتناول المتلاعنين مجازًا فيما يصح أن ينفي أحكامه كالمتبايعين والمؤاجرين [٥] . والذي يبين أنه لم يبق له حكم أن حكم اللعان إذا بقي لم يجلد اللاعن ، ثبت النسب أم لم يثبت . وجلد الزوج على أن الحكم زال ومتى تقضي الفعل ولم يبق هناك حكم لم يتناولهما اسم المتلاعنين لهما حقيقة ولا مجازا [٦] . يبين ذلك أن راوي هذا اللفظ سعيد ابن جبير [٧] وقال : إنه إذا أكذب نفسه جاز أن يتزوجها [٨] وكذلك قال الزهري [٩] وهو راوي الخبر وما رواه عن عمر ، وعلي ، وابن مسعود فلفظه كلفظ هذا الخبر والكلام عليه ما قدمنا [١٠] .

---

(١) انظر : بدائع الصنائع (٢١٥٩/٥) .

(٢) سبق تخريجه .

(٣) انظر : الحاوي الكبير للماوردي (٧٥/١١) ، المهذب (١٦٣/٢) .

(٤) أي : لفظ المتلاعنين في حديث : « المتلاعنان لا يجتمعان أبدًا » . فالمراد عند الحنفية حال تشاغلهما باللعان . انظر : المبسوط (٤٤/٧) .

(٥) أي : أنه يسميان من حيث المجاز متلاعنين ما بقي اللعان بينهما حكما ، فعند أبي حنيفة لا يجتمعان ما بقي اللعان بينهما حكمًا ، وإنما تجوز المناكحة بينهما إذا لم يبق اللعان بينهما حكمًا . انظر : المبسوط للسرخسي (٤٤/٧) .

(٦) انظر : بدائع الصنائع (٢١٥٩/٥) .

(٧) هو سعيد بن جبير أبو محمد روى عن ابن عباس ، وعائشة ، والأشعري ، وابن عمر ، وغيرهم ، وعنه الحكم ، وحماد بن زيد ، ومسلمة بن كهل ، وغيرهم ، قال يحيى بن معين : سعيد بن جبير « ثقة » ، قتل سنة ٩٥ هـ انظر : سير أعلام النبلاء (٣٢١/٤ - ٣٢٣) ، الكاشف (٢٨٢/١) ، الثقات (٢٧٥/٤) .

(٨) سبق تخريجه .

(٩) هو طلحة بن عبد الله بن عوف الزهري ، روى عن أبي هريرة ، وعثمان بن عفان ، وابن عباس ، وغيرهم ، وعنه الزهري ، وأبو عبيدة ، وغيرهم ، قال ابن معين ، وأبو زرعة "ثقة » توفي بالمدينة سنة ٩٨ هـ انظر : الكاشف (٣٩/٢) ، سير النبلاء (١٧٤/٤ ، ١٧٥) الثقات ٣٩٢/٤) ، تهذيب التهذيب (١٩/٥) .

(١٠) أراد المصنف أن الحديث لا يمكن العمل بحقيقته ، لأن حقيقة التفاعل هو التشاغل بالفعل . انظر : =

٢٥٠٨١ – قالوا : نوع فرقة ليس منها إلا ما يقطع العقد [١] بعد الدخول [٢] .

٢٥٠٨٢ – قلنا : يقطع إذا انضم إليها معنى الحيض ، وكذلك اللعان عندنا لا يقطع حتى ينضم إليه حكم الحاكم . والمعنى في الرضاع أنه لا يختص النكاح بل يجوز أن يتقدمه . ولما كانت هذه الفرقة تختص بالنكاح ولا تتقدم عليه صارت كفرقة الطلاق والخلع والعنة والإيلاء .

٢٥٠٨٣ – قالوا : تحريم عقد لا يرتفع بغير تكذيب ولا يرتفع بهما تحريم المصاهرة [٣] .

٢٥٠٨٤ – قلنا : الوصف غير مسلم لأن التحريم عندنا يرتفع من غير تكذيب ، وجلد ، إذا حدت في قذف أو زنت [٤] . والمعنى في المصاهرة أنه معنى يحصل في غيرها فيسري من حكم الحرمة المؤبدة أن لا يختص ، ويوجد معنى في غيرها بتحريمها لوطء الأم ، أو يوجد فيها الحرمة [٥] فيسري منها إلى أمها وبنتها كالرضاع [٦] ولما كانت هذه الحرمة تختصها ولا يسري منها علم أنها غير مؤبدة كحرمة الطلاق [٧] .

٢٥٠٨٥ – قالوا : التحريم في النكاح على أربعة أضرب أحدها : يرتفع من غير عقد كتحريم الطلاق الرجعي ، والآخر : يرتفع بعقد كتحريم الخلع ، والثالث : يرتفع بالزوج وإصابته كالطلاق الثلاث ، وتحريم مؤبد كتحريم الرضاع فلما كان التحريم في مسألتنا لا يرتفع بالوجوه الثلاث فهذا لا يصح [٨] لأن من خص مواضع الإجماع وزعم أن الحاكم

= بدائع الصنائع (٢١٥٩/٥) ، أما ما روى الزهري فقد رده المعترض بأنه لو جاز أن تحل لوجب أن يذكر شرط الإحلال كما في الطلاق الثلاث (فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره) [البقرة : ٢٣] . انظر : الحاوي للماوردي (٧٥/١١) .

(١) ثمة زيادة في هامش (ص) غير مقروءة .

(٢) انظر : الحاوي للماوردي (٧٦/١١) .

(٣) انظر : الحاوي الكبير للماوردي (٧٦/١١) .

(٤) أي : كذلك إن أقرت المرأة بالزنا فقد خرجت من أنها أهلًا للعان . انظر : المبسوط للسرخسي (٤٤/٧) .

(٥) وقال في شرح فتح القدير : « ولا بأم امرأته دخل بها أو لم يدخل إذا كان نكاح البنت صحيحا . أما بالفاسد فلا تحرم الأم إلا إذا وطء بنتها ويدخل في أم امرأته جداتها » . انظر : شرح فتح القدير (٢٠٩/٣ ، ٢١٠) .

(٦) انظر : شرح فتح القدير (٢١٠/٣) .

(٧) انظر : المبسوط للسرخسي (٤٤/٧) ، بدائع الصنائع (٢١٥٩/٥) .

(٨) أي : فلما لم يكن تحريم اللعان ملحقا بالأقسام الثلاثة في شرط الإباحة وجب أن يكون ملحقا بالرابع في تأبيد التحريم . انظر : الحاوي (٧٦/١١) .

لا ينفذ لها فقد غلط في الاستدلال ، بل الحكم يجوز أن يتجاوز موضع الإجماع بقيام الدلالة [١] . ولأن الخلع إنما أوجب الحرمة لزوال الملك ، والعقد يفيد الملك فأزال الحرمة [٢] كذلك في مسألتنا : الحرمة حصلت باللسان ، فإذا أكذب نفسه وحد صارت شهادته قذفًا فزال حكم اللعان وزال التحريم [٣] .

٢٥٠٨٦ - قالوا : محرم عليه بفرقة اللعان فلا يجوز أن يتزوجها كما قبل الإكذاب [٤] .

٢٥٠٨٧ - قلنا : المعنى هناك أن حكم اللعان تخلله بدلالة أن شهادته لم تصر قذفا ولم يتغير حالها ، وفي مسألتنا صارت شهادته قذفا فسقط حكم اللعان ، وجاز أن يتزوجها [٥] .

* * *

(١) أي : تحريم مؤبد كتحريم المصاهرة والرضاع ، فأما عموم الآية فمخصوصة بنص السنة . انظر : الحاوي للماوردي (٧٦/١١) .

(٢) في تعريف الخلع انظر ما سبق . وانظر : المهذب (٩٠/٢) .

(٣) انظر : الحاوي للماوردي (٧٦/١١) .

(٤ ، ٥) انظر : المبسوط للسرخسي (٤٤/٧) .

مسألة ١٢٣٠

إذا قذف امرأته بالزنا وصدقته قبل اللعان

٢٥٠٨٨ - قال أصحابنا : إذا قذف امرأته بالزنا فصدقته قبل اللعان أو بعد الشروع قبل تمامه لم يتلاعنا (١) .

٢٥٠٨٩ - وقال الشافعي : إن كان هناك ولد لاعن لنفيه ، وإن لم يكن هناك ولد لم يتلاعنا ، إلا أن ترجع عن إقرارها . فمن [أصحابه] (٢) من قال : يلاعن (٣) لقطع الفراش (٤) وليس بشيء ؛ لأن اللعان لا يخلو أن يكون ليخلص نفسه من موجب قذفه أو ليحقق عليها الزنا على قولهم . فإن كان ليخلص عنه موجب القذف فقد تخلص حقيقة باعترافها ولا معنى للعان (٥) . ولأنه معنى يمنع ثبوت اللعان إذا كان القذف بولد أصله إذا قذفها وأقام البينة بالزنا (٦) . ولأنه قول يرد على القاضي بلفظ الشهادة ويسقط حكم القذف فلا يثبت مع إقرارها كالشهادة (٧) .

٢٥٠٩٠ - احتجوا : بالآية (٨) .

٢٥٠٩١ - قلنا : لا دلالة فيها ، لأنه قال : ﴿ وَيَدْرَؤُا عَنْهَا ٱلْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ ﴾ (٩) وهذا

---

(١) انظر : المبسوط للسرخسي (٥٧/٧) ، شرح فتح القدير (١١٥/٤) ، البداية في شرح الهداية (٧٣٤/٤) .

(٢) [أصحابهم] في [ن] .

(٣) والمذهب هو الأول . انظر : الحاوي للماوردي (٢٩/١١) ، المهذب (١٥٢/٢) ، المجموع (٣٩٤/١٦) .

(٤) وكذا الفرقة المؤبدة . انظر : المجموع (٣٩٤/٢٦) .

(٥) يرد على هذا الاستدلال بأنه لا يجوز أن يعتبر في حكم الزوجة بغيرها لاختصاص اللعان بالأزواج ، ثم المعنى في الأيمان مباينتها للعان في نفي النسب ، فتباينها في وجوب الحد .

(٦) يرد على هذا القياس أن حدها حكم عليها به بالنكول ، لأننا نحدها بلعان الزوج لا بنكولها عن اللعان ، لأن لعانها يسقط عنها الحد بعد وجوبه . انظر : الحاوي للماوردي (٣١/١١) .

(٧) يرد على هذا القياس أن ما ثبت ببينة الزوج ثبت بلعانه ، وأن ما خرج به الزوج من قذفه جاز أن يجب به الحد على زوجته كالبينة . انظر : الحاوي للماوردي (٣١/١١) .

(٨) وهو قوله تعالى : ﴿ وَيَدْرَؤُا عَنْهَا ٱلْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلْكَٰذِبِينَ ﴾ ووجه الدلالة أن الذكر بالألف واللام يوجب حمله على جنس ، أو معهود ، فلم يجز حمله على جنس العذاب لأنه لا يجب ، فوجب حمله على المعهود وهو الحد . انظر : الحاوي للماوردي (٣٠/١١) .

(٩) سورة النور : الآية ٨ .

لا يكون مع اعترافها بالزنا فعلم أن الآية لم تتناول من ثبت الزنا منها .

٢٥٠٩٢ - قالوا : به ضرورة إلى نفي الولد منها [١] .

٢٥٠٩٣ - قلنا : يبطل إذا اعترفت ثم أقرت بالزنا .

٢٥٠٩٤ - قالوا : قال الشافعي هذا القول يقتضي نفي نسب ولد العفيفة [٢] وثبوت نسب ولد الزانية ، كما يقطع باللعان فراش العفيفة ولا يقطع به فراش الزانية .

* * *

---

(١) انظر : الحاوي للماوردي (٣٠/١١) ، المهذب (١٥٢/٢) .

(٢) واستدل الشافعية أيضًا بأن ما خرج به الزوج من قذفه جاز أن يجب به الحد على زوجته كالبينة ، ولأن ما ثبت ببينة الزوج ثبت بلعانه . انظر : الحاوي للماوردي (٣٠/١١) .

إذا ماتت قبل إكمال اللعان

٢٥٠٩٥ - قال أصحابنا : إذا ماتت قبل إكمال اللعان سقط اللعان (١) .

٢٥٠٩٦ - وقال الشافعي : إذا كان القذف بولد لاعن الزوج على نفيه (٢) .

٢٥٠٩٧ - لنا : أن اللعان أحد موجبي القذف كالحدّ وقد ثبت من أصولنا أن الحد يسقط بموت المقذوف كذلك اللعان (٣) . ولأن الفراش انقطع بالموت ولا يثبت اللعان مع فقد الفراش كقذف الأجنبية (٤) . ولأن اللعان لا يصح منها فلا يصح من الزوج [كالصغير] (٥) . ولأنه سبب في الفرقة [فلا يثبت] (٦) بعد الموت (٧) ولأن كل موضع لو جعل القذف بغير ولد لم يلاعن إذا حصل بولد كقاذف أم الولد (٨) ، ولأنها فرقة وقعت بموت أحد الزوجين فسقط معها اللعان كموت الزوج (٩) .

٢٥٠٩٨ - احتجوا : بأن به ضرورة إلى نفي نسب الولد كحال حياتها (١٠) .

٢٥٠٩٩ - قلنا : إن قلت به ضرورة إلى نفي ولد ليس هو منه انتقض إذا اعترف به ثم بان أنه ليس منه . وإن قذف بولد ليس منه لم نسلم لأنها وضعت على فراشه . فالظاهر أنه منه ولا يصدق على رميها . والمعنى في حال الحياة أن اللعان لم يتعذر منها فجاز أن يثبت في حق زوجها ، وهاهنا تعذر اللعان منها فصارت كالصغيرة (١١) .

---

(١) وبه قال الإمام أحمد . انظر : المبسوط للسرخسي (١١٤/٦) ، البحر الرائق (٣٩/٥) ، شرح فتح القدير (٩٧/٥) ، الاختيار (٢٨٣/٣) ، المغني لابن قدامة (٤٠٦/٧) ، كشاف القناع عن متن الإقناع (٣٩٨/٥) .

(٢) ومعه المالكية انظر : الشرح الصغير (٦٦٠/٢) ، المدونة (٣٨٢/٣) ، روضة الطالبين (٣٦٣/٨) .

(٣) حاصل هذا القياس أن حد القذف يبطل بموت المقذوف ، لأنه شرع لدفع العار ، على وجه الخصوص ، فإذا مات صاحب الحق بطل الحد فكذلك اللعان . انظر : البحر الرائق (٣٩/٥) .

(٤) انظر : المبسوط (١١٨/٩) . الاختيار (٢٨٣/٣) ، المغني (٤٠٦/٧) .

(٥ ، ٦) ساقط في (م) .

(٧) إلا الأحكام المترتبة عليهما تختلف في كل منها ، فالعدة في الطلاق تختلف باختلاف حال المرأة واعتدادها ، وكذلك يكون الطلاق رجعيا وبائنا أما فرقة اللعان فهي تطليقة بائنة . انظر : المبسوط للسرخسي (٢/٦ ، ٦) .

(٨) انظر : شرح فتح القدير (٩٦/٥) .

(٩) انظر : المغني لابن قدامة (٤٠٦/٧) ، كشاف القناع (٣٩٨/٥) .

(١٠) انظر : المهذب (١٦٣/٢) ، المجموع (١٦ ، ٤٥٦) .

(١١) إذا قذفها وهي صغيرة فلا حد ولا لعان ، لأن الصغيرة ليست بمحصنة . انظر : المبسوط للسرخسي (٤٢/٧) .

إذا مات الولد فنفاه الأب ثم مات

٢٥١٠٠ - قال أصحابنا : إذا مات الولد فنفاه الأب ثم مات لم ينف نسبه باللعان [(١)] .

٢٥١٠١ - وقال الشافعي : يلاعن وينفيه [(٢)] .

٢٥١٠٢ - لنا : أن نفي النسب حكم على الولد ، والميت لا يجوز الحكم له ولا عليه ، إلا إذا كان بحضور من قام مقامه . ولأنا حكمنا بميراثه لابنه فلم يجز أن ينتفي نسبه باللعان ، كما لو أقر به ثم نفاه [(٣)] . ولأن ثبوت التوارث بين الأب والابن يمنع من نفي النسب ، كما لو مات الأب فورثه الابن [(٤)] .

٢٥١٠٣ - احتجوا : بأن النفي إنما يحتاج إليه حتى لا ينسب إليه ، ولا تلزمه نفقته بعد الموت وكفنه ، فجاز أن ينفيه [(٥)] .

٢٥١٠٤ - قلنا : نسبة الموت إليه لا تضره لأنه لا يلحق به أولاده ، وأما الحي يلحقه أولاده فهو ينفيه حتى يسقط ذلك عن نفسه [(٦)] . وأما الكفن فقد وجب عليه فلا يمكن إسقاط ما وجب بلعانه . فأما النفقة فإنها تسقط باللعان ما يستجد منها ، فيمنع نفي النسب وجوبه فأما أن يسقط ما وجب فلا .

٢٥١٠٥ - فإذا ثبت هذا قلنا : إذا ولدت ولدين فنفاهما فمات أحدهما لم يلاعن ، لأن الميت لا ينتفي نسبه إلا وهو حمل واحد ، فإذا تعذر نفي بعضه تعذر نفي جميعه [(٧)] .

---

(١) انظر : المبسوط للسرخسي (٥٢/٧) ، بدائع الصنائع (١٦٢/٥) ، شرح فتح القدير (١٢٣/٤) ، البناية (٧٥٤/٤) ، وبه قال مالك انظر : حاشية الدسوقي (٤٦١/٢) .

(٢) وبه قال الإمام أحمد ، انظر : الأم للشافعي (٢٩٢/٥) ، الحاوي الكبير (٥٧٨/١١) ، روضة الطالبين (٣٥٩/٨) ، كشاف القناع (٣٩٩/٥) .

(٣) إذا أقر بنسب ولد ثم نفاه يلاعن ، وإن كان لا يقطع نسبه لأن قطع النسب ليس من لوازم اللعان بل ينفصل عنه بالجملة . انظر : بدائع الصنائع (٢١٦٢/٥) .

(٤) انظر : المبسوط للسرخسي (٥٢/٧) البناية في شرح الهداية (٧٥٤/٤) .

(٥) انظر : الحاوي الكبير (٧٨/١١) . (٦) انظر : المبسوط للسرخسي (٥٢/٧) .

(٧) نقل في البناية عن مختصر الكرخي أنه لا يجب اللعان عند أبي يوسف ، ويجب عند محمد رحمهما الله تعالى . (٧٥٣/٤) . انظر : بدائع الصنائع (٢١٦٤/٥) ، البناية (٧٥٣/٤) .

مسألة ١٢٣٣

إذا نفى نسب الولد باللعان فمات الولد واعترف به

٢٥١٠٦ - قال أصحابنا : إذا نفي نسب الولد باللعان فمات الولد أو اعترف به ولا ولد لم يثبت نسبه منه . وإن كان ولد الملاعنة ابنا فترك ولدا صلح اعترافه ، وإن كانت بنتا فتركت ولدًا لم يقبل اعترافه (١) .

٢٥١٠٧ - وقال الشافعي : يصح اعترافه وإن لم يدع ولدًا (٢) .

٢٥١٠٨ - لنا : أن النسب إثبات حق للولد والولد الميت لا تثبت له الحقوق المبتدأة كما لا يصح تمليكه والوصية له . ولأنه لا فائدة في الاعتراف به إذا لم يقرك بثبوت النسب . كذلك ثبوت الولد يؤثر في منع ثبوت النسب لأن موت أحد المتناسبين (٣) . ولأنه إذا مات ولا ولد له ، وترك مالا فالملاعن متهم في دعواه ، لأنه يتضمن استحقاق ماله وما اتهم فيه المقر لم يقبل إقراره . ولا يلزم إذا ترك ولدًا أنه يتهم في مقاسمة الولد الميراث ، ولأن إقراره يتضمن إثبات حق عليه بولد الولد ، وفي مقابلته حق له ، وهو حق الميراث فلم يتهم (٤) . ولا يلزم إذا مات ولم يترك مالًا ويحتاج إلى كفن ، لأنا نمنع ثبوت النسب إذا ترك مالا بدليل التهمة ويمنعه هاهنا وثبوت النسب إذا ترك مالًا ويمنعه هاهنا بدليل آخر (٥) .

٢٥١٠٩ - احتجوا : بأنه نسب أقر به بعد نفيه فصار كما لو ترك ولدًا (٦) .

٢٥١١٠ - قلنا : إذا ترك ولدًا فالنسب في الحي ابتداء ثم يتبع الميت من طريق الحكم

---

(١) قلنا ذكر في شرح فتح القدير أنها إن كانت بنتًا و لها ابن ، فأكذب نفسه يثبت نسبه عند أبي حنيفة خلافا لهما ، وقيل الخلاف على العكس ، ولأبي حنيفة أن الابن يعتبر بانتفاء نسب أمه كأبيه ، فهو محتاج إلى ثبوت نسبها ، ولهما أن نسب الولد القائم من جانب أبيه لا من جانب أمه قال القائل :

وإنما أمهات الناس أوعية ... مستودعات وللأنساب آباء

ألا ترى أن أولاد الخلفاء من الإماء يصلحون للخلافة ، وهذا وما لو ماتت لا عن ولد سواء . انظر : المبسوط للسرخسي (٥٣/٧) ، شرح فتح القدير (١٢٣/٤) البناية في شرح الهداية (٧٥٤/٤) .

(٢) انظر : المهذب مع المجموع (٤٥٤/١٦) ، الأم (٢٩٢/٥) ، روضة الطالبين (٣٥٩/٨) .

(٣) انظر : المبسوط للسرخسي (٥٢/٧) ، فتح القدير (١٢٣/٤) .

(٤) انظر : المبسوط للسرخسي (٥٢/٧) . (٥) انظر : بدائع الصنائع (٢١٦٢/٥) .

(٦) انظر : المجموع (٤٥٤/١٦) .

فلا يكون ذلك إثبات حق مبتدأ للميت .

٢٥١١١ - قالوا : الميت أصل والولد فرع فكيف يثبت الأصل لأنه الفرع يثبته [١] .

٢٥١١٢ - قلنا : الميت هو الأصل إلا أنه لا يثبت له الحقوق ، والحي تثبت له الحقوق ثم يسري / إلى من لا يصح أن يبتدئ بالحق ، ولهذا نقول : الذي ثبت على صاحب الأصل ثم ثبت على كفيله لأنه غلب صاحب الأصل على الكفيل وثبت الدين على صاحب الأصل من طريق الحكم .

٢٥١١٣ - قالوا : لو صح الاعتراف بنسبه إذا ترك ولدًا هذا صح وإن لم يترك كما لو كان حيًا [٢] .

٢٥١١٤ - قلنا : إذا كان حيًا فهو ممن تثبت له الحقوق المبتدأة ، فجاز أن يثبت نسبه بعد نفيه ، والميت لا تثبت له الحقوق ، ولا يبتدأ بإثبات النسب .

* * *

(١) قال في المجموع : « ولأن ولد الولد يتبع نسب الولد ، وقد جعل أبو حنيفة نسب الولد تابعا لنسب ابنه فجعل الأصل تابعًا للفرع وذلك باطل » انظر : المجموع (٤٥٤/١٦) .

(٢) انظر : الحاوي الكبير (٧٨/١١) .

مسألة ١٢٣٤

إذا قال الرجل يا زانية

٢٥١١٥ - قال أصحابنا : إذا قال لرجل يا زانية لم يكن قاذفا [١] .

٢٥١١٦ - [وقال الشافعي : يكون قاذفًا] [٢] .

٢٥١١٧ - لنا : أن التأنيث يدخل في اسم المذكر للمبالغة في العلم بالشيء كقوله : علامة وحسابه ونسابه فصار كأنه قال : أنت أعلم الناس بالزنا [٣] .

٢٥١١٨ - فإن قيل : يحتمل أن يكون المراد به أن نفسه زانية وذاته زانية [٤] .

٢٥١١٩ - قلنا : أقمتم الصفة مقام الموصوف ، وهذا ترك الظاهر ، وجعلتم لفظ المؤنث خطابًا للمذكر ، وهذا مجاز وتأولتم لإيجاب الحد والتأويل يجب أن يكون في إسقاطه . ولأن هذا اللفظ لما احتمل أن يكون قذفًا أو غلطًا في الكلام ويحتمل أن يكون أراد ما ذكرنا فلم يجز إيجاب الحد مع الشك [٥] .

٢٥١٢٠ - احتجوا : بأن قوله « يا زانية » يحتمل أن يراد به المبالغة في الفعل كقولهم [حفظة للمبالغة في الحفظ] [٦] .

٢٥١٢١ - قلنا : هذا اسم للمبالغة كقوله [علامة ، ونسابة] [٧] ولأن الإنسان يقذف ويلحق فلا يخرجه من أن يكون قاذفًا .

٢٥١٢٢ - قلنا : إذا كان لا يعتبر المعنى [فإن العرفي واعتبر المعنى اللغوى] [٨]

---

(١) قلنا : المنقول في كتب المذهب بخلاف هذا فقد جاء في المبسوط ما نصه : « رجل قال لرجل يا زانية ، لا حد عليه في قول أبي حنيفة وفي قول أبي يوسف رحمهما الله استحسانًا ، وقال محمد عليه الحد ، وهو القياس . انظر : المبسوط للسرخسي (١١٤/٩) ، وقد تبعه أيضا صاحب شرح فتح القدير (٩٠/٥) ، وصاحب البحر الرائق (٣٣/٥) ، ومن الواضح أن علماء المذهب يرجحون رأى الشيخين ، ويرونه الرأى الراجح في المذهب .

(٢) ما بين المعكوفين ساقط من النسخ وزدناها ليستقيم المعنى بها كما في مغني المحتاج وبه قال الإمام أحمد . انظر : المغني لابن قدامة (٢٢٥/٨) .

(٣) انظر : شرح فتح القدير (٩٠/٥) .

(٤) انظر : المغني لابن قدامة (٢٢٥/٨) .

(٥) انظر : شرح فتح القدير (٩٠/٥) .

(٦) هكذا في جميع النسخ ساقط وزدناها ليستقيم المعنى بها . انظر : المغني لابن قدامة ٨٢٢٦ .

(٧) هكذا في جميع النسخ ساقط وزدناها ليستقيم المعنى بها . انظر : بدائع الصنائع (٤١٧٨/٩) .

(٨) ما بين المعكوفتين بياض في (ص) أثبتناه من (م) ، (ع)

والاحتمال فيه موجود .

٢٥١٢٣ - قالوا : القذف ثبت حكمه للمعرة التي يدخلها على المقذوف ، وهذا موجود هاهنا [1] .

٢٥١٢٤ - قلنا : إذا قذف بالكناية والتعريض فالشين موجود ولا يجب الحد [2] .

* * *

(١) يراد به : أنه لا فرق بين من قال لرجل : « أنت زان وأنت زانية » ، وذلك لأن كثيرًا من الناس يذكر المؤنث ويؤنث المذكر ولا يخرج ذلك عن كون المخاطب به مرادًا بما يراد باللفظ الصحيح ، انظر : المغني لابن قدامة (٢٢٦/٨) .

(٢) انظر : المبسوط للسرخسي (١٢٠/٩) .

مسألة ١٢٣٥

وإن قال : زنأت في الجبل

٢٥١٢٥ - قال أبو حنيفة [رحمهم الله] : إذا قال زنأت في الجبل كان قاذفًا [١] .

٢٥١٢٦ - [وقال محمد] [٢] لا يكون قاذفًا وبه قال الشافعي [٣] .

٢٥١٢٧ - قالوا : وإذا قال : زنأت ولم يذكر الجبل ففيه وجهان [٤] .

٢٥١٢٨ - لنا : أن العرب تهمز ما ليس بمهموز وتلين الهمزة [٥] وإذا كان كذلك صار قاذفًا ، ولأن أبا حنيفة ﷺ عرف من عادة العامة أنها تترك هذا اللفظ وتُعرُّ به المرأة فجعل ذلك لغة لها تقذف به كما تقذف بالعجمية [٦] ، ولا يقال : إنكم اعتبرتم في المسألة الأولى مقتضى اللغة ، وعدلتم عنها في هذه ، لأن أبا حنيفة يقول في العربي الذي يعرف أن اللفظ يراد به الارتقاء أنه ليس بقاذف ، وإنما يقول ذلك في العامي الذي لا يعرف هذا المعنى ، فلم يبق للنكاح وجه يحمل عليه إلا القذف [٧] .

٢٥١٢٩ - احتجوا : بأن هذا اللفظ في العربية صريح في الارتقاء فوجب أن يحمل عليه [٨] .

---

(١) المنقول في كتب المذهب أن أبا يوسف قد وافق الإمام أبا حنيفة ، انظر : المبسوط للسرخسي (١٢٦/٩) ، شرح فتح القدير (١٠٠/٥) ، بدائع الصنائع (٤١٧/٩) ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق (٤٠/٥) وبه قال الإمام أحمد ، انظر : المغني لابن قدامة (٢٣٥/٨) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من النسخ وزدناها ليستقيم المعنى بها انظر : المبسوط للسرخسي (١٢٦/٩) ، شرح فتح القدير (١٠٠/٥) ، بدائع الصنائع (٤١٧/٩) ، البحر الرائق (٤٠/٥) .

(٣) انظر : الأم للشافعي (٢٩٥/٥) ، مغني المحتاج (٣٦٨/٣) ، المهذب (٣٥٠/٢) الحاوي للماوردي (١٠٨/١١) .

(٤) وهذا أيضًا عند أصحاب الشافعي ، فيما إذا لم يذكر الجبل فوجهان عندهم ، انظر : مغني المحتاج (٣٦٨/٣) ، المهذب (٣٥٠/٢) .

(٥) أهل اللغة يستعملون هذا اللفظ مهموزًا عند ذكر الجبل ويراد به الصعود ، وأما ما ليس بمهموز فمعناه هو حجر ، انظر : القاموس المحيط (١٧/١) باب الهمزة فصل الزاي ، (٤٣٣٩/٤) باب الياء فصل الزاي .

(٦) أي : يوجب الحد لأن المقصود دفع الشين وذلك يختلف باختلاف الألسن ، انظر : المبسوط للسرخسي (١١٤/٩) .

(٧) انظر : المبسوط للسرخسي (١٢٦/٩ ، ١٢٧) ، شرح فتح القدير (١٠٠/٥ ، ١٠١) .

(٨) انظر : مغني المحتاج (٣٦٨/٣) .

٢٥١٣٠ - قلنا : إن كان القاذف ممن يعرف العربية فليس بقاذف ، وإنما كلامنا في العوام الذين عرف من عادتهم أنهم لا يفرقون بين الهمزة وغيرها [١]

* * *

---

(١) انظر : المبسوط للسرخسي (٩/١٢٧) .

مسألة ١٢٣٦

إذا قذف الرجل امرأته بالزنا فقالت : بل أنت زان

٢٥١٣١ - قال أصحابنا : إذا قذف الرجل امرأته بالزنا فقالت بل أنت زان ، وجب عليه بقذفها اللعان ، ووجب عليها بقذفه الحد ، فإن طلب الزوج الحد حدت وسقط اللعان ، وإن طلب اللعان لاعن القاضي بينهما ولم يسقط الحد ، وإن طالبا معًا بدأ القاضي بالحد ، وأسقط اللعان (١) .

٢٥١٣٢ - وقال الشافعي : تحد المرأة ويلاعن الزوج (٢) . وهذه فرع على أصلنا أن المحدود من القذف لا يلاعن ، وقد دللنا على ذلك (٣) فإن بدا القاضي أن لا يحدها منه (٤) تعزر باللعان . لأنها ليست من أهله . فإن بدأت فطالبت باللعان لاعن القاضي بينهما ، وإن طالب بحدها حدت ، لأن الملاعِنة يجب عليها الحد ، وإن طلب كل واحد حقه واجتمع بدأ القاضي بحدها ، لأنه إذا فعل ذلك سقط أحد موجبي القذف . ولأن يقضي على أحد الموجَبَيْن أولى من أن يأتي بهما ، كما أنه إذا أمكنه أن يقضي على أحد حدين فهو أولى من استيفائهما (٥) .

٢٥١٣٣ - احتجوا (٦) : بقوله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ ﴾ (٧) .

٢٥١٣٤ - قلنا : هذه الآية دلت على وجوب اللعان ، وعندنا أنه وجب بالقذف ثم تعذر له استيفاء الحد (٨) .

٢٥١٣٥ - فإن قيل : سقوطه يحتاج إلى دليل .

---

(١) انظر : المبسوط للسرخسي (٥٠/٧) ، بدائع الصنائع (٤١٧٢/٩) ، شرح فتح القدير (١٠١/٥) .

(٢) انظر : الحاوي (١١٧/١١) ، روضة الطالبين (٣١٥/٨) .

(٣) سبق ذكره من ضمن مسائل اللعان لأن إقامة حد القذف عليه مبطل لشهادته ، ومخرج له من أن يكون أهلا لأداء الشهادة . انظر : المبسوط للسرخسي (٤١/٧) .

(٤) سقط : من [م] ، [ن] .

(٥) انظر : المبسوط للسرخسي (٤١/٧) .

(٦) انظر : الحاوي الكبير للماوردي (١١٨/١١) .

(٧) سورة النور : الآية ٦ .

(٨) لأن الحدين إذا اجتمعا ، وفي تقديم أحدهما إسقاط الآخر وجب تقديمه احتيالاً للدرء ، واللعان قائم مقام الحد فهو في معناه ، وبتقديم حد المرأة يبطل اللعان لأنها تظهر محدودة في قذف ، واللعان لا يجري في المحدودة . انظر : شرح فتح القدير (١٠٢/٥) .

٢٥١٣٦ - قلنا : الدليل عليه قوله تعالى : ﴿ فَشَهَـٰدَةُ أَحَدِهِمْ ﴾ [١] والمحدود في القذف ليس من أهل الشهادة بالاتفاق [٢] .

٢٥١٣٧ - قالوا : ألحق الشين بقذفها ولا يسقط موجب القذف بإقامة الحد عليها [٣] .

٢٥١٣٨ - قلنا : لم يسقط بالحد لكن تعذر اللعان من طريق الحكم حتى خرج قولها من أن يكون من الشهادة [٤] .

* * *

(١) سورة النور : الآية ٦ .

(٢) انظر : شرح فتح القدير (١١٣/٤) ، البناية في شرح الهداية (٧٣٠/٤) .

(٣) لأن كل واحد منهما قد صار قاذفًا ومقذوفًا ، فصارت حالتهما سواء ، وكانا بتغليظ الالتعان أولى ؛ ولأن اللعان حق الزوج موضوع لنفي النسب الذي لا ينفي بغيره ، فلو سقط حقه من اللعان بقذفها له لما أمكن زوج أن ينفي نسبًا إذا قذف ، انظر : الحاوي للماوردي (١١٨/١١) .

(٤) انظر : المبسوط للسرخسي (٤١/٧) .

مسألة ١٢٣٧

قذف الرجل الجماعة بكلمة واحدة

٢٥١٣٩ - قال أصحابنا : إذا قذف الرجل الجماعة بكلمة واحدة أو بألفاظ متفرقة فعليه حد واحد .

٢٥١٤٠ - وقال الشافعي [رحمه الله] في القديم : إن قذف بكلمة واحدة فحد واحد وإن كان بكلمات فلكل واحد حد .

٢٥١٤١ - وقال في الجديد : يحد لكل واحد حد كامل سواء قذف بكلمة واحدة ، أو بكلمات [1] . وإذا رمى رجلًا بامرأته هل يجب حد واحد ، فيه وجهان [2] .

٢٥١٤٢ - [واختلفوا إذا قذفت امرأة زوجها فالعقد على قول الخصوم ، فمنهم من قال : يجب به واحد لأنه تحقق واحد ، ومنهم من قال : كل واحد حد كامل] [3] .

٢٥١٤٣ - ذكر لنا : قوله تعالى ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ ثُمَّ لَمۡ يَأۡتُواْ بِأَرۡبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجۡلِدُوهُمۡ ثَمَٰنِينَ جَلۡدَةٗ ﴾ [4] والخطاب بالإيجاب إذا تناول جماعة دخل على كل واحد منهم جميع الحكم المذكور ، كقوله تعالى : ﴿ وَأَقِيمُواْ ٱلصَّلَوٰةَ ﴾ [5] فاقتضى ظاهر الآية إن كان واحدًا قذف المحصنات لزمه حد واحد ولا يقال : إنه ذكر الجماعة لأنه لما ذكر ثمانين جلدة علم أنه أراد كل واحد من القاذفين على حاله [6] ولأنه حد من جنس واحد فجاز أن يتداخل كحد الزنا ، ولأنه عقوبة تتبعض فجاز أن تتداخل كحد الشرب ولأنها عقوبة شرط لها الإحصان كالرجم ، ولأن حد القذف شرع صيانة للأعراض

---

(١) انظر : المهذب (٥٣٢/٢) ، مغني المحتاج (٣٧٩/٣) ، روضة الطالبين (٤٣٦/٨) ، الحاوي للماوردي (١١٩/١١ ، ١٢٠) .

(٢) قال في المهذب : فإن قذف زوجته برجل ولم يلاعن ففيه طريقان : من أصحابنا من قال : يعني على قولين كما لو قذف رجلين أو امرأتين ، ومنهم من قال : يجب حد واحد قولا واحد ، لأن القذف هاهنا بزنى واحد والقذف هناك بزنائين . انظر : المهذب (٣٥٢/٢) .

(٣) ساقط من صلب (ص) واستدرك في الهامش .

(٤) سورة النور : الآية ٤ .

(٥) سورة البقرة : الآية ٤٣ .

(٦) انظر : المغني (٢٣٣/٨) .

كما أن حد السرقة إذا تداخلت فالحد لها واحد كذلك حد القذف [١] .

٢٥١٤٤ - احتجوا : بأنه حقوق مقصودة لآدميين ، فإذا ترادفت لم تتداخل ، كما لو قطع يد واحد ورجل آخر [٢] .

٢٥١٤٥ - قلنا : قولكم لآدميين لا نسلم ، لأن عندنا أن حد القذف من حقوق الله تعالى وللآدمي حق المطالبة . والمعنى في الأصل أنها في حكم الأجناس المختلفة ، بدلالة أن يحل واحد من الحقين محل الآخر فصار كالحدود المختلفة . وفي مسألتنا هو جنس واحد والحدود من جنس واحد يجوز أن تتداخل ، كحد الزنا . ونظيره في القصاص إذا قتل ثم قتل أو قطع يمين رجلين تداخل القصاص . ولا يلزم التعزير ؛ لأنه يتداخل ؛ فإذا رأى الإمام أن يقتصر على تعزير واحد جاز ، ولأن قطع اليد والرجل لو وجبت لآدمي واحد لم يتداخل ، كذلك إذا وجب لآدميين . وفي مسألتنا لو ترادف القذف لواحد تداخل ، فكذا إذا ترادف لاثنين [٣] .

٢٥١٤٦ - قالوا : لو أقام البينة على المقذوفين حد كل واحد منهم ، فإذا عجز عن البينة [وجب عليه] [٤] في مقابلة كل واحد حد [٥] .

٢٥١٤٧ - قلنا : ما وجب على الجماعة لا يجوز أن يتداخل كحدود الزنا والسرقة وما وجب على الواحد يجوز أن يتداخل إن كان من جنس واحد ، فلم يجب اعتبار أحدهما بالآخر .

---

(١) مراد المصنف بالتداخل في حد الزنا أن يتكرر منه فعل الزنا مرارًا ، فيجب عليه لذلك حد واحد ، لأن المقصود من إقامة الحد حق الله تعالى ، واحتمال حصوله بالأول قائم ، فتتمكن شبهة فوات المقصود في الثاني . انظر : البحر الرائق (٤٢/٥) ، شرح فتح القدير (٩٨/٥) . وقد حكى صاحب المغني اتفاق العلماء على ذلك حيث نقل قول ابن المنذر : أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم ، منهم : عطاء ، والزهري ، ومالك ، وأبو حنيفة ، وأحمد ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وأبو يوسف ، وهو مذهب الشافعي ، انظر : المغني لابن قدامة (٢١٣/٨) .

(٢) انظر : الحاوي للماوردي (١١٩/١١) .

(٣) انظر : البحر الرائق (٤٢/٥) ، وشرح فتح القدير (٩٨/) .

(٤) انظر : الحاوي للماوردي (١٢٠/١١) .

(٥) وذلك كما لو زنى مرارًا ، أما لو فعل ما يوجب الحد من أجناس ، بأن زنى ، وقذف ، وشرب الخمر ، فإنه يحد بكل واحد منهما لعدم حصول المقصود بالبعض إذ الأغراض مختلفة فإن المقصود من حد الزنا هو صيانة الأنساب ومن حد القذف صيانة الأعراض ، ومن حد الشرب صيانة العقول ، فلا يحصل بكل جنس إلا ما قصد بشرعه ، انظر : البحر الرائق (٤٢/٥) .

حكم ما إذا شهد الزوج على زوجته بالزنا مع ثلاثة

٢٥١٤٨ - قال أصحابنا : إذا شهد الزوج على زوجته بالزنا مع ثلاثة قبلت شهادته (١) .

٢٥١٤٩ - وقال الشافعي : لا تقبل (٢) .

٢٥١٥٠ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ﴾ الآية (٣) ولم يفصل بين شهادة أربعة أجانب وشهادة ثلاث وزوج المقذوفة فالظاهر يقتضي الجمع ولأن شهادته مقبولة عليها في غير حد الزنا .

٢٥١٥١ - فتقبل شهادته عليها فيه (٤) ولأنه حد في محل زان بشهادة عدد ، أحدهم الزوج . أصله حد السرقة والشرب ؛ ولأن الزوج يستر على امرأته في العادة ، والشين الذي يلحقه بزناها ، فإذا شهد لم تلحقه تهمة فتقبل شهادته (٥) . ولأن الشافعي قال : إذا لاعن الزوج وجب عليها حد الزنا بقوله وحده (٦) . ثم قال : إذا شهد مع ثلاثة لم تقبل شهادته (٧) .

٢٥١٥٢ - احتجوا : بما روى قتادة (٨) عن جابر بن زيد (٩) عن ابن عباس قال :

---

(١) انظر : المبسوط للسرخسي (٥٤/٧) ، بدائع الصنائع (٤١٨٢/٩) ، شرح فتح القدير (١١٦/٤) .

(٢) وافقه الإمام مالك . انظر المدونة الكبرى (١١٨/٣) ، الحاوي للماوردي (١٣٥/١١) ، المهذب (٤٢٥/٢) .

(٣) سورة النور : الآية ٤ .

(٤) قال في المبسوط : « بل أولى لأن انتفاء التهمة هنا أظهر ، والظاهر أن الزوج يستر الزنا على امرأته ، لأن ذلك يشينه . انظر : المبسوط للسرخسي (٥٤/٧) .

(٥) انظر : المبسوط للسرخسي (٥٤/٧) .

(٦) وقد سبق ذكره في مسألة سابقة مع اختلاف بين الإمام أبي حنيفة والشافعي في موجب اللعان .

(٧) انظر : الحاوي الكبير للماوردي (١٣٥/١١) .

(٨) هو : قتادة بن دعامة السدوسي أبو الخطاب البصري ، أحد الأئمة الأعلام روى عن أنس بن مالك ، وسعيد بن المسيب ، وابن سيرين ، وزرارة وعنه أيوب ، وحميد الطويل ، والأوزاعي ، قال ابن المسيب : « ما أتانا عراقي أحفظ من قتادة » مات سنة ١١٧ هـ . انظر : ميزان الاعتدال (٣٨٥/٣) رجال صحيح مسلم (١٢٩/٢) .

(٩) جابر بن زيد الأزدي مولاهم البصري ، حدث عنه عن عمر بن دينار ، وأيوب ، وقتادة روى عطاء عن =

أربعة شهدوا على امرأة بالزنا أحدهم زوجها قال [يحد الزوج والثلاثة] [١] .

٢٥١٥٣ - قالوا : ذكر هذا أبو الوليد النيسابوري [٢] فأخرجه عن كتاب المحلى .

٢٥١٥٤ - قلنا : لا نعرف إسناده فنتكلم عليه ولا حجة فيه لأنا لا نعلم انتشاره ، ولا يلزمنا تقليد الصحابي مع مخالفة ظاهر الآية [٣] .

٢٥١٥٥ - قالوا : بينة في حد زنا لم يكمل إلا بشهادة زوج المزني بها فلم تقبل ، كما لو قذفها ثم شهد [٤] .

٢٥١٥٦ - قلنا : إذا قذفها لزمه حكم القذف فنسقطه شهادته . وهذا المعنى لا يوجد إذا شهد ابتداء / [٥] . يبين ذلك أن الأجنبي لو قذف ثم شهد لم تقبل شهادته [٦] ولو بدأ الشهادة قبلت [٧] .

٢٥١٥٧ - قالوا : الزوج تجر شهادته إلى نفسه نفعًا ، لأنه يسقط إحصانها ، ولا يحد إن قذفها وتنتفي التهمة عن نفسه إن نفى ولدها ، ويدفع عن نفسه ضررًا لأنه يدفع الحد عن نفسه فلم تقبل شهادته [٨] .

= ابن عباس : « لو أن أهل البصرة نزلوا عند قول جابر بن زيد لأوسعهم علمًا عما في كتاب الله » توفي سنة ٩٣ هـ . انظر : حلية الأولياء (٨٥/٣) ، الكاشف (١٢١/١) ، سير أعلام النبلاء (٤٨١/٤) .

(١) الصحيح : [يلاعن الزوج ويحد الثلاثة] انظر : الحاوي للماوردي (١٣٥/١١) .

(٢) هو حسان بن محمد بن أحمد بن هارون النيسابوري الشافعي ، روى عن محمد بن إبراهيم البوشنجي وطبقته ، وعنه الحاكم وغيره ، وهو ثقة قال فيه الحاكم : « وهو إمام أهل الحديث بخراسان » توفي سنة ٣٤٩ هـ . انظر : شذرات الذهب (٣٨٠/٢) ، طبقات الشافعية الكبرى (٢٢٨/٣) ، معجم المؤلفين (١٩٢/٣) ، سير أعلام النبلاء (٤٩٢/١٥) إلى ما بعدها .

(٣) حديث « يلاعن الزوج ويحد الثلاثة » إسناده غير معلوم ، وقد روى هذا الحديث قتادة عن جابر بن زيد عن ابن عباس . انظر : الحاوي للماوردي (١٣٥/٢) .

(٤) الشهود الثلاثة في حكم حدهم عن الإمام الشافعي قولان ، أحدهما : لا يحدون لأنهم أتوا بالشهادة دون القذف ، ولو كان قذفًا لما جاز قبول شهادتهم مع كمال عددهم . والقول الثاني : أنهم قد صاروا بخروجهم من كمال الشهادة قذفة لإدخالهم المعرة بالزنا كالقذف الصريح ، ولأن عمر بن الخطاب ﷺ لما شهد عنده بالزنا على المغيرة بن شعبة أبو بكرة ، ونافع شبل بن معبد ، وتوقف زياد عن الإفصاح بالشهادة أمر عمر بجلد الثلاثة وجعلهم قذفة . انظر : الحاوي للماوردي (١٣٦/١١) .

(٥) لأنه صار في حكم القاذف الذي لا تقبل شهادته اتفاقا بين الفقهاء .

(٦) وكذا الأجنبي إذا قذف صار قاذفًا ، فلا تقبل شهادته ، لأنه لا يكون أهلًا للشهادة بعد ذلك .

(٧) انظر : المبسوط للسرخسي (٥٥/١١) . (٨) انظر : الحاوي للماوردي : (١٣٥/١١ ، ١٣٦) .

٢٥١٥٨ - قلنا : موجود في الأجنبي أنه إذا شهد فإنه يسقط إحصان المشهود عليه ولا يجب عليه بقذف حد ويسقط الحد عن نفسه ومع ذلك شهادته مقبولة [١] .

٢٥١٥٩ - قالوا : الشافعي بنى هذه المسألة على أصل وقالوا : إنه عدو لها لأنها حرمته على نفسها وأدخلت غيره في فراشه وعرضته للعان [٢] .

٢٥١٦٠ - قلنا : شهادة العدو على عدوه مقبولة ، ويسقط ما ذكروه بشهادة الرجل على أمه وبنته وأخته بالزنا ، وشهادته مقبولة عليهم [٣] .

* * *

---

(١) انظر : المبسوط للسرخسي .

(٢) انظر : الحاوي للماوردي (١٣٦/١١) ، ورواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال : « لا تقبل شهادة خائن ولا خائنة ولا ذي غمر على أخيه » .

(٣) انظر : المبسوط للسرخسي (٥٥/٧) .

إذا ولد للرجل ولد فلم يعترف به أو لم يفعل ما يدل على الاعتراف

٢٥١٦١ - قال أبو حنيفة : إذا ولد للرجل ولد فلم يعترف به أو لم يفعل ما يدل على الاعتراف أو تمضي المدة التي تقبل في مثلها [البينة] (١) (٢) وسماع الولادة وقال : لا ينفي إلا في مدة النفاس (٣) .

٢٥١٦٢ - وقال الشافعي في أحد قوليه : على الفور ، وفي قوله الآخر ثلاثة أيام (٤) وإن نفى النسب لا يجوز حتى يغلب على ظنه إنه ليس منه بالعلامات التي يستدل بها وهذا المعنى لا يميز على الفور ولا رميت بقول وإعداد ما يحتاج إليه من الولادة فجاز نفي النسب فيها .

٢٥١٦٣ - أصله : حال الولادة ولأنه لم يعترف به ولا مضى زمان يوجد فيه ما يدل على الاعتراف فجاز له النفي في حال الولادة وأما التقدير بثلاثة أيام فلا يصح لأنه خيار

---

(١) ربما الصحيح [التهنئة] .

(٢) روي عن أبي حنيفة أنه وقَّت له سبعة أيام ، وقيل : عند أبي حنيفة ثلاثة أيام ، إلا أنه لم يصح ذلك عنه ، فيما أوضحه السرخسي . ولأبي يوسف ومحمد أنهما وقتاه بأكثر النفاس وهو أربعون يومًا ، فلأبي حنيفة أن هذا أمر يحتاج إلى التأمل فلابد من زمن التأمل ، وأنه يختلف باختلاف الأشخاص والأحوال فتعذر التوقيت فيه ، فتحكم فيه العادة من قبول التهنئة وابتياع آلات الولادة ، أو مضي مدة يفعل ذلك عادة فلا يصح نفيه بعد ذلك ، وبهذا يبطل اعتبار الفور لأن معنى التأمل لا يحصل بالفور ، وعلى هذا قالوا في الغائب عن امرأته : إذا ولدت ولم يعلم بالولادة حتى قدم أو بلغه الخبر وهو غائب أن له أن ينفي عند أبي حنيفة في مقدار تهنئة الولد وابتياع آلات الولادة ، وعندهما في مقدار عدم النفاس بعد القدوم وبلوغ الخبر ، لأن النسب لا يعلم إلا بعد العلم به فصار حال القدوم وبلوغ الخبر كحال الولادة على المذهبين جميعا . ووجه أبي يوسف أن الولد قبل الفصال لم ينتقل عن غذائه الأول فصار كمدة النفاس ، وبعد الفصال انتقال عن ذلك وخرج عن حال الصغر ، فلو احتمل النفي بعد ذلك لاحتمل بعد ما صار شيخا وذلك قبيح . انظر : بدائع الصنائع (٢١٦٠/٥ ، ٢١٦١) ، المبسوط للسرخسي (٥٢/٧) .

(٣) انظر : المبسوط للسرخسي (٥١/٧) ، بدائع الصنائع (٢١٦١/٥) ، شرح فتح القدير (١٢٥/٤) ، البناية في شرح البداية (٧٥٠/٤) .

(٤) انظر : مغني المحتاج (١٨٠/٣) ، الحاوي للماوردي (١٤٩/١١) ، المهذب (١٥٦/٢) ، وعلى القول الأول للشافعي ذهب إليه الإمام مالك والإمام أحمد انظر : حاشية الدسوقي (٤٥٩/٢) ، كشف القناع عن متن الإقناع (٤٠٣/٥) .

ثبت من طريق الحكم ، ولا يتقدر بثلاثة أيام لها كخيار العنة وخيار المعتقة وخيار المخيرة [١] .

٢٥١٦٤ – احتجوا : بأنه لا خيار لزوج في ضرر يتحقق ، فإذا لم يكن على التأبيد كان على الفور كخيار الرد بالعيب . وهذا يجيء على أصلهم [٢] . فأما عندنا فخيار العيب على التأبيد .

* * *

(١) وقد حكاه الإمام أبو حنيفة : أنه يقدر بثلاثة أيام ، وضعَّفه السرخسي بأن نصب المقادير بالرأي متعذر .
انظر : . شرح فتح القدير (١٢٦/٤) ، المبسوط للرخسي (١/٧)

(٢) انظر : الحاوي للماوردي (١٥٠/١١) ، المهذب (١٥٧/٢) .

مسألة ١٢٤٠

قذف الملاعنة

٢٥١٦٥ – قال أبو حنيفة : إذا لاعنت المرأة بولد ثم قذفها قاذف لم يحد(١) .

٢٥١٦٦ – وقال أبو يوسف : يحد وبه قال الشافعي (٢) .

٢٥١٦٧ – لنا : أنها تشبه الزانية ، لأن لها ولدا غير ثابت النسب من الوطء ، فصارت كالموطوءة بشبهة (٣) ولأن اللعان لفظ شهادة (٤) .

٢٥١٦٨ – فمنع وجوب الحد عن القاذف فأثر ذلك في سقوط حد قاذفها ، كما (٥) لو أقام الزوج البينة . ولا يلزم إذا لم يكن لها ولد ، لأنا عللنا للتأثير في الجملة لا للأحوال(٦) .

٢٥١٦٩ – احتجوا : بما روى يزيد (٧) بن هارون (٨) عن عبادة (٩) بن

(١) وافقه الإمام أحمد انظر : المبسوط للسرخسي (٥٣/٧) ، بدائع الصنائع ٢١٦٥ ، ١٢٦٦ ، شرح فتح القدير (٢١/٤) ، المغني : (٢٣٠/٨) ، قال في البدائع : « لو لاعنها بالولد ثم قذفها هو أو غيره لا يجب الحد ، ولو لاعنها بغير الولد ثم قذفها هو أو غيره يجب عليه الحد ، والعزم أن اللعان لا يوجب تحقيق الزنا منها فلا تزول عفتها باللعان ، إلا أن في اللعان بالولد قذفها ومعها علامة الزنا وهو الولد بغير والد ، فبقيت عفتها ، فيجب الحد على قاذفها .

(٢) وكذلك قال به الإمام مالك انظر : بدائع الصنائع (٢١٣٩/٥) المدونة الكبرى (١١٥/٥) الأم للشافعي (٢٩٦/٥) ، المهذب (١٦٤/٢) ، تكملة المجموع (٤٥٨/١٦) ، الحاوي للماوردي (١٢٧/١١) .

(٣) انظر : المبسوط للسرخسي (٥٣/٧) ، المغني لابن قدامة (٢٣١/٨) .

(٤) انظر : شرح فتح القدير (١١١/٤) .

(٥) يرجع المصنف في عدم إقامة الحد له إلى لفظ اللعان نفسه والقاذف غير الملاعن ، لأن القذف هو الرمي بالزنا أما اللعان فهو عبارة عما يجرى بين المتلاعنين من الشهادات ، فهما يختلفان فلذلك لا يجب على القاذف إلى ، انظر : شرح فتح القدير (١١١/٤ ، ٨٩/٥) .

(٦) انظر : المغني لابن قدامة (٢٣٠/٨) .

(٧) نقل في النسخ [زيد] وهذا تصحيف وربما من النساخ .

(٨) هو : يزيد بن هارون بن زاذان أبو خالد من حفاظ الحديث الثقات ، روى عن سليمان التيمي ، وحميد الطويل وعاصم وإسماعيل بن أبي ، وعنه بقية بن الوليد ، وآدم بن أبي إياس ، وأحمد بن حنبل ، وإسحاق بن راهويه توفي سنة ٢٠٦ هـ ، انظر : تهذيب التهذيب (٣٣٦/١١) ، الأعلام (٢٤٧/٩) ، الكاشف (٢٥١/٣) .

(٩) نقل في النسخ [عباده] وهذا تصحيف من النساخ .

منصور [١] عن عكرمة [٢] عن عبد الله بن عباس [٣] وذكر قصة هلال بن أمية [٤] إلى أن قال : ففرق رسول الله ﷺ بينهما وقضى أَنْ لا يُدْعَى ولدها لأبٍ ولا يرمى ولدها ومن رماها أو رمى ولدها فعليه الحد [٥] .

٢٥١٧٠ – قلنا : عبادة بن منصور ليس بحجة ، وكان قاضي البصرة [٦]

٢٥١٧١ – قالوا : رواه عن عكرمة وسمعه من إبراهيم بن يحيى [٧] عن داود بن الهيثم [٨] .

٢٥١٧٢ – قلنا : دلسه عن عكرمة . قال يحيى بن معين [٩] عبادة بن منصور ليس بشيء .

٢٥١٧٣ – قالوا : قذف تعارض فيه لعانه ولعانها كما لو كان بغير ولدها [١٠] .

٢٥١٧٤ – قلنا : هناك لها شبهة بالزانية فمنع ذلك وجوب الحد على قاذفها [١١] .

---

(١) هو : عبادة بن منصور الناجي أبو سلمة البصري القاضي ، روى عن عكرمة ، وعطاء ، وأبي رجاء العطاردي ، وأبي المهزم وغيرهم ، وعنه حماد بن سلمة وزياد بن ربيع وغيرهم ، قال يحيى بن سعيد عباد بن منصور كان قد تغير ، وقال الدوري عن ابن معين ليس بشيء . انظر : تهذيب التهذيب (١٠٤/٥) ، والكاشف (٥٦/٢) .

(٢ – ٤) سبقت ترجمته .

(٥) أخرجه أبو داود في السنن في باب اللعان (٣٧٠/٢ – ٢٢٥٦) .

(٦) انظر : تهذيب التهذيب (١١٤/٥) .

(٧) هو : أبو إسحاق إبراهيم بن يحيى بن عثمان الكلبي ، سمع بدمشق من الفقيه نصر صاحب الإمام الشافعي ﷺ وناقل الأقوال القديمة عنه ، له الكتب المصنفة في الأحكام جمع فيها بين الحديث والفقه توفي سنة ٥٢٤ هـ انظر : معجم المؤلفين (١٢٥/١) ، وفيات الأعيان (٥٦/١ ، ٥٧) ، سير أعلام النبلاء (٥٤٤/١٩) .

(٨) هو : داود بن الهيثم العلامة البارع ، أبو سعد داود بن الهيثم بن إسحاق بن بهلول ، روى عن إسحاق بن بهلول وعمر بن شبه ، وزياد بن يحيى وغيرهم ، وعنه طلحة بن محمد وابن المظفر وأحمد بن إسحاق ، توفي سنة ٣١٦ هـ انظر : سير أعلام النبلاء (٤٨٣/١٤) ، تاريخ بغداد (٣٧٩/٨) ، المنتظم (٢١٨/٦) .

(٩) يحيى بن معين بن عوف الغطفاني الحافظ روى عن ابن عيينة ، وإسماعيل بن عياش ، وعبادة بن عباد ، وعنه البخاري ومسلم وأبو داود وأحمد وغيرهم ، قال أحمد : « كل حديث لا يعرفه يحيى فليس بحديث » ، مات بالمدينة سنة ٢٣٣ هـ انظر : تهذيب التهذيب الكمال (١٦١/٣) ، سير أعلام النبلاء (٧١/١١) ، الجرح والتعديل (٣١٤/١ ، ٣١٨) تاريخ بغداد (١٧٧/١٤) .

(١٠) انظر : بدائع الصنائع (٢١٦٥/٥) ، الحاوي للماوردي (١٢٧/١١) .

(١١) هلال في لعانه لا شبهة بها ، فإذا كان كذلك فالقذف لا يجب عليه الحد ولاسيما أن للمرأة ولدا في تحصيله شبهة الزنا .

مسألة ١٢٤١

إن أقر بالولد ثم نفاه

٢٥١٧٥ - قال أصحابنا : إذا أقر الزوج بالولد ثم نفاه لاعن (١) .

٢٥١٧٦ - وقال الشافعي : يحد (٢) .

٢٥١٧٧ - لنا : أن اعترافه بالولد يقتضي وصفها بالعفة (٣) ويفيد الآخر مقتضى الوصف بالزنا فصار كمن قال : يا عفيفة ثم قال يا زانية (٤) .

٢٥١٧٨ - ولأنه زوج قذفها ولم يكذب نفسه فصار كالمبتدئ بقذفها (٥) .

٢٥١٧٩ - احتجوا : بأنه كذب نفسه في قذفه بالاعتراف الأول (٦) فصار كما لو أقربه بعد نفيه (٧) .

٢٥١٨٠ - قلنا : الاعتراف بتكذيب من طريق الحكم ؛ فإن تقدمه نفي النسب تعلق به حكم كان تقدم عليه لم يصح أن يكون تكذيبًا . ألا ترى أنه لو صرح بالتكذيب فقال هذه عفيفة وإذا قذفتها فأنا كاذب ، ثم قذفها لم يحكم بكذبه ، ولم يجز إيجاب الحد عليه بتقدم هذا القول كذلك هاهنا [والله تعالى أعلم] (٨) .

* * *

---

(١) انظر : شرح فتح القدير (١٠٢/٥) ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق (٤١/٥) ، بدائع الصنائع (٢١٦٢/٥) .

(٢) وقد وافقه الإمام مالك وأحمد . انظر : المدونة الكبرى (١١٥/٣) ، الأم للشافعي (٢٩٦/٥) . روضة الطالبين : (٣٥٩/٨) ، المغني لابن قدامة (٤٢٦/٧) .

(٣) أن لا يكون المقذوف قد وطئ في عمره وطئا حرامًا في غير ملك ، ولا نكاح أصلًا ، ولا في نكاح فاسد مجمعًا عليه في عهد السلف.

(٤) انظر : بدائع الصنائع (٢١٦٣/٥) .

(٥) انظر : شرح فتح القدير (١٠٢/٥) ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق (٤١/٥) .

(٦) انظر : المهذب (١٦٣/٢) ، شرحه (٤٥٣/١٦) .

(٧) أي يقاس نفى الولد بعد الإقرار على من أكذب نفسه بعد لعانه ، ففي كل منها يجب الحد بجميع أنهما سبقهما الإقرار باللعان .

(٨) ما بين المكوفتين ساقط من (ص) . انظر : بدائع الصنائع (٢١٦٣/٥) .

إذا ولدت ولدين في بطن واحد

٢٥١٨١ - قال أصحابنا : إذا جاءت بولدين في بطن واحد فنفى الأول وأقر بالثاني حد ، وإن أقر بالأول ونفى الثاني لاعن وثبت نسبهما (١) .

٢٥١٨٢ - وقال الشافعي : يحد (٢) .

٢٥١٨٣ - لنا : أنه إذا اعتراف بالأول ثم نفى الآخر فقد وصفها بالزنا ، فكأنه قال : هي عفيفة ثم قال هي زانية ، وإذا نفى الأولى فقد قذفها ، فإذا اعترف بالثاني فقد وصفها بالعفة ، فكان ذلك تكذيبًا لنفسه . والنسب ثابت في الوجهين لأنه حمل واحد ، فإذا ثبت بعضه باعترافه ثبت جميعه .

٢٥١٨٤ - احتجوا : بأنه أكذب نفسه بالاعتراف بالولد الأول ، فصار كما لو أكذب نفسه بالاعتراف الثاني .

٢٥١٨٥ - قلنا : قد بينا الجواب عن هذا ، وهو أن المكذب بعد القذف يتعلق به الحد . والتكذيب الثاني يجب به الحد ، كما لو قال : متى قدمت هذه فأنا كاذب في قذفي لها .

* * *

(١) انظر : المبسوط للسرخسي (٤٦/٧) ، شرح فتح القدير (١٢٦/٤ ، ١٢٧) . بدائع الصنائع (٢١٦٢/٥) ، العناية في شرح الهداية (٧٥٢/٤) ، اللباب (٤٥٢/٢) .

(٢) انظر : الأم للشافعي (٢٩٤/٥) . مغني المحتاج (٣٨٣/٣) ، المهذب (١٥٥/٢) . تكملة المجموع (٤٢٢/١٦) ، روضة الطالبين (٣٥٨/٨) . وبه قال الإمام مالك وأحمد انظر : الشرح الصغير (٦٦٩/٢) ، المدونة الكبرى (١١١/٣) ، المغني لابن قدامة : (٤١٨/٧) .

مسألة ١٢٤٣

ثبوت الولد بالفراش [١]

٢٥١٨٦ - قال أصحابنا : الأمة لا تصير فراشًا بالوطء ، فإذا أتت بولد لم يثبت نسبه حتى يعترف به المولى [٢] .

٢٥١٨٧ - وقال الشافعي : إذا أقر بوطئها ، فجاءت بولد لمدة حمل يجوز أن يكون منه ثبت نسبه وإن لم يعترف به ، وإن نفاه لم يقبل نفيه إلا أن يدعي أنه استبرأها بعد وطئها بحيضة هذا هو المشهور .

٢٥١٨٨ - ومن أصحابه من قال : إن له قولًا آخر هو أن نسبه لا ينتفي إلا باللعان [٣] .

٢٥١٨٩ - لنا : أنه وطء لا يوجب نوعه ما يسمى عدة بحال فلا تصير الموطوءة فراشا كوطء الزاني [٤] ووطء الصبي . ولأن الموطوءة بالرق لو كانت فراشًا لأوجب من ذلك فراشها مع وجود الوطء ما يسمى عدة .

٢٥١٩٠ - أصله : الزوجة ، فلما لم يجب به عدة دل على أنه لا فراش لها [٥]

٢٥١٩١ - فإن قيل : يجب بزوال فراشها [٦] الاستبراء وهو عدة [٧] .

---

(١) هذه المسألة لا واقع لها الآن في حياتنا العملية أثبتناها حفاظًا على نص المؤلف .

(٢) انظر : الهداية (٢٦٨/٢) ، اللباب ٥٨٧ ، الاختيار (١٩٥/٣) .

(٣) اختلف الأصحاب في انتفاء ولد الأمة باللعان ، فقال الإمام أحمد في رواية تفرّد بها عن الإمام الشافعي أنه ينتفي ولد الأمة باللعان ، وقد أخذ أبو العباس وابن سريج هذا القول للشافعي واعتبراه قولًا في المذهب ، ووجهه أنه كالنكاح في لحوق النسب فكان كالنكاح في النفي باللعان . إلا أن هذا القول لا تعرف له رواية إلا عن الإمام أحمد منفردًا بها ، والقاعدة أن في رواية الشيخ عن شيخه مخالفا للأقران غرابة ، ولعل الإمام أحمد أراد بأبي عبد الله غير الشافعي ، وهذا أحسن ما أجيب به ، ومن الأصحاب من قال : « لا يلاعن قولًا واحدًا قاله النووي وهو الأظهر » ، انظر : المهذب (٢١٥٩/٢) ، روضة الطالبين (٣٤١/٨) ، المجموع مع المهذب (٤٣١/١٦) .

(٤) وطء الزنا لا يثبت به النسب إلا أن الولد يصح عتقه ويجوز بيع الأم خلافًا لزفر ، لأن الحدية عنده تثبيت للولد بالولادة فيثبت لأمه الاستيلاد كالثابت النسب ، وقال أبو حنيفة وصاحبيه في دليلهم أن الاستيلاد يتبع النسب ولهذا يضاف إليه فيقال أم ولد ، انظر : الاختيار (١٩٦/٣) .

(٥) انظر : الهدية (٩٨/٢) ، الاختيار (١٩٥/٣) .

(٦) واختلف العلماء في الفراش . فقال قوم هو المرأة ، وقال قوم هو الرجل ، انظر : الهامش أبو داود (٣٧٨/٢) .

(٧) انظر : الحاوي للماوردي (١٥٧/١١) .

٢٥١٩٢ - قلنا : ذلك لا يسمى عدة في الشرع ولأنه لو كان اعتبر عدة اعتبر فيه العدد ؛ ولأن الاستبراء يجب في الملك الثاني ، والعدة تجب قبل تجدد الملك الثاني .

٢٥١٩٣ - قالوا : لو أراد أن يتزوجها لم يجز حتى يستبريها [١] .

٢٥١٩٤ - قلنا : فهذا لا يجب بزوال السبب الذي صارت به فراشًا ، وإنما يجب عندكم قبل نزول السبب .

٢٥١٩٥ - قالوا : عقد النكاح يثبت الفراش ثم لا يجب بزواله عدة [٢] .

٢٥١٩٦ - قلنا : لا يوجد مع الوطء ويتعلق به عدة ، وقد توجد العدة ولا وطء إذا مات .

٢٥١٩٧ - قالوا : امرأة الزاني فراش ، وبزوال هذا الفراش مع وجود الوطء ، فلا يوجب عليه عدة إذا أسلم الزوج ثم زال الفراش [٣] ولأنه [٤] وطء في مملوكة فلا تصير به فراشًا كالمقبوضة في بيع فاسد ؛ ولأن السبب الذي صدرها الوطء عنه لا يصير به الوطء فراشًا كالأب إذا وطئ جارية ابنه [٥] وكالرجل إذا أخذ جاريته وعليه النكاح .

٢٥١٩٨ - ولا يلزم الوطء في النكاح الفاسد لأنها لا تصير بالوطء فراشًا ، وإنما تصير به وبالشبهة المتقدمة عليه . وإن شئت ذكرتُ دليل العكس فقلتُ : لو صارت فراشًا بالوطء ، لصارت فراشًا بالسبب الذي أباح الوطء بالنكاح .

٢٥١٩٩ - فإن قيل : النكاح لما ثبت به تحريم المصاهرة لا تصير به فراشًا . وعلة الفرع لا تصح ؛ لأن ملك اليمين إذا لم تصر به فراشًا فالتصرف الموجب به في حكمه فلا تصير به فراشًا ولأنه وطء لا يوجب مالًا على الواطء للموطوءة فلا تصير به فراشًا كوطء الزاني [٦] ولأن الأمة لا يثبت لها على مولاها حق بسبب وطئها .

---

(١) انظر : الحاوى للماوردي (١٥٧/١١) وما بعدها .

(٢) انظر : الحاوي للماوردي : (١٥٧/١١) .

(٣) انظر : الحاوي : (١٥٨/١١) .

(٤) هكذا في جميع النسخ والملاحظ هنا أن المصنف ترك الرد على هذا الدليل على غير عادته ولعله لوجاهته أو لعله سقط من النساخ .

(٥) إذا وطئ جارية ابنه فولدت وادعاه ثبت نسبه وصارت أم ولد ، لأن للأب أن يتملك مال ابنه للحاجة إلى البقاء للمأكل والمشرب ، فله أن يتملك جاريته للحاجة إلى صيانة مائه وبقاء نسله ، ويثبت له هذا الملك قبيل الاستيلاء ليثبت الاستيلاء . أما إن زوجها الابن من الأب فولدت لم تصر أم ولد ، لأن ماءه صار مصونًا بالنكاح فلا حاجة إلى الملك ، انظر : الهداية (٧٠/٢) ، الاختيار (١٩٨/٣) .

(٦) انظر : الاختيار (١٩٦/٣) .

٢٥٢٠٠ - أصله [١] العنة وحضانة الولد [٢] والْقَسْم [٣] . ولا يلزم أم الولد لأنه بسبب وطئها نالث حق الحرية فجاز أن يثبت لها بسببه الفراش ولأنه تصرف فيما ملكه بالعقد ، فكل حكم لا يجوز أن يستفاد بالعقد لم يجب أن يستفاد بذلك التصرف .

٢٥٢٠١ - أصله : ثبوت النسب بالخلوة بها وبالقبلة وبالاستخدام . ولا يلزم جواز التصرف ودخول المبيع في ضمان المشتري ؛ لأن التصرف مستفاد بالعقد بالثمن وفي العقار ويستفاد بالعقد ضمان الثمن أيضًا .

٢٥٢٠٢ - ولأن المولى له حق في ولد أمته وعن الملك . ولا يبطل ذلك الحق بغير عوض إلا بإبطاله وقوله . أصله إذا لم يطأها [٤] .

٢٥٢٠٣ - ولا تلزم أم ولد لأنها تبطل حقه بقولها وحق اعترافه بنسب ولدها .

٢٥٢٠٤ - ولا يلزم ذلك ولد المغرور ، لأن حق المولى بطل فيه بعوض مسلم له وهو القيمة . ولأنه ليس له عليها فراش يجب بزوال عدة ولا ثبت نسب ولدها منه ما لم تدعه وإن اعترف بالوطء بولد الجارية المشتراة .

٢٥٢٠٥ - احتجوا : بحديث عائشة [٥] أن سعد بن أبي وقاص [٦] وعبد بن زَمَعَةَ [٧] اختصما إلى النبي ﷺ في ولد وليدة زمعة ، فقال سعد هو ابن أخي

---

(١) أي دليله .

(٢) لا حق لأمه ولا لأم الولد في الحضانة لأنه من باب الولادة وليس من أهلها ، فإذا أعتقتا فهما كالحرة ، انظر : الاختيار (١٧٤/٣) .

(٣) ما صرح به المصنف هنا يخالف ما صرح به في مختصره حيث قال : « ما نصب فإن كانت إحداهما حرة والأخرى أمة فللحرة الثلثان من القسم وللأمة الثلث » ، وبذلك ورد الأثر . انظر : للباب ٤٩١، الاختيار (٦٠/٣) .

(٤) انظر : الهداية (٦٨/٢) .

(٥) سبق ترجمتها .

(٦) هو : مالك بن أهيب بن عبد مناف شهد بدرًا وهو أحد العشرة وآخرهم موتًا ، وعنه أولاده وتولى قتال فارس ، وفتح الله على يديه القادسية توفي سنة ٢٥١ هـ ، وهو المشهور انظر : تهذيب التهذيب (٤٨٤/٣) ، الكاشف (٢٨٠/١) ، خلاصة تهذيب الكمال (٣٧١/١) .

(٧) هو : زمعة بن صالح عن عمرو بن دينار وابن طاووس ، وهو يماني نزل مكة ، حدث عنه ابن مهدي ، وعبد الرزاق وخلق آخر ، أخرج له مسلم مقرونًا بآخر ، ضعّفه أحمد وابن معين ، وقال البخاري : يخالف في حديث وقال النسائي : ليس بالقوي » . انظر : ميزان الاعتدال (٨١/٢) ، تقريب التهذيب (٢٦٣/١) ، تهذيب التهذيب (٣٣٨/٣ ، ٣٣٩) .

عتبة[1] يشير إلى ما كانوا عليه في الجاهلية . وقال عبد ابن زمعة : هو أخي ولد على فراش أبي [2] . يشير إلى ما / استقر عليه الحكم في الإسلام فقضى رسول الله ﷺ لعبد ابن زمعة [3] إبطالًا لحكم الجاهلية كذا في كتب الحديث [4] .

٢٨/ب

٢٥٢٠٦ – قلنا : يدل على فراش سابق في حال حياة الأب ، وذلك لا يكون عندنا إلا بدعواه لولدها ، حتى تصير أم ولد . والخبر إذا ذكر فيه حكم تعلق باسم ، واختلف في ذلك الاسم لم يصح ، حتى يثبت المدعي وجود الاسم الذي يدعيه .

٢٥٢٠٧ – ولا يقال : إن الحكم في الخبر يتعلق بالسبب المنزل فلم ينقل دعواه .

٢٥٢٠٨ – لأنه نقل عنه أن لها فراش ولد عليه ، والنبي ﷺ علق بهذا فلزم مخالفنا أن يثبت أن الأمة التي لم يعترف المولى بولدها فراش .

٢٥٢٠٩ – ولأن زمعة لم يترك وارثا غيره لأن سودة [5] كانت مسلمة عند موته ، ومتى اعترف الوارث بالنسب وليس للميت وارث غيره ثبت النسب في إحدى الروايتين . فعلى هذا إنما يثبت نسبه لدعوى عبد لا يوجد الوطء من أبيه .

٢٥٢١٠ – وجواب آخر : وهو أن النبي ﷺ علم به ملكًا لعبد . الدليل عليه قوله

---

(١) هو : عتبة بن أبي وقاص مالك الزهري مكي ، روى عنه أخوه سعد أنه عهد إليه ابن أم زمعة ، مات عتبة بالمدينة في حياة رسول الله ﷺ . انظر : تهذيب التهذيب (١٠٣/٧) .

(٢) أخرجه أبو داود في المسند في باب الولد للفراش (٣٧٨/٢ ، ٣٧٩) ، (٢٢٧٣) .

(٣) ووجه الدلالة من الحديث ما يلي : –

(١) أحدهما قول عبد بن زمعة أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه ، فجعله فراشا ؛ لأبيه وجعل ولدها أخا له بالفراش ، فإن إقرار النبي ﷺ له على هذا دليل على ثبوته وصحته .

(٢) جواب النبي ﷺ فيما حكم به من قوله : « هو لك يا عبد بن زمعة . الولد للفراش وللعاهر الحجر » فجعلها فراشا وحكم به لعبد بن زمعة أخًا ، وجعل الفراش مثبتًا لنسبه .

(٣) أنه لما صارت الحرة فراشًا بهذا الخبر ، وهو في الأمة دونها فلأن تصير به الأمة فراشًا أولى ، لأنه نقل السبب مع الحكم فيمنع من خروج الحكم ذلك السبب إجماعا ، إنما الخلاف هل يكون مقصورًا عليه أو متجاوزا له .

(٤) انظر : المسند لأبي داود ٢ / ٣٧٨ ، ٣٧٩ ، (٢٢٧٣)

(٥) سودة أم المؤمنين : وهي بنت زمعة بن قيس العامرية ، وهي أول من تزوج بها النبي ﷺ بعد خديجة ، وانفردت به نحو ثلاث سنين أو أكثر حتى دخل بعائشة ، وكانت سيدة جليلة نبيلة ، حدث عنها ابن عباس ويحيى بن عبد الله الأنصاري ، لها أحاديث وأخرج لها البخاري . قالت عائشة : ما رأيت امرأة أحب إلي أن أكون في مسلاخها من سودة ، من امرأة فيها حدة ، فلما كبرت جعلت يومها من النبي ﷺ لعائشة . توفيت في آخر خلافة عمر بالمدينة . انظر : شذرات الذهب (٣٤/١) ، سير أعلام النبلاء : (٥١٣/٣) .

هو لك يا عبد . وهذه العبارة في إطلاقها تقبل الملك ، ولو أراد ثبوت النسب لقال : هو أخوك فلما قال : هو لك علم أنه قضى به مملوكًا له ، ولم يقضي به أخًا

٢٥٢١١ - يبين صحة هذا الجواب أنه قال : « واحتجبي منه يا سودة فإنه ليس بأخ لك » [١] ولو قضى به أخا لأخيها لقضى به أخًا لها ، فلما حكم أنه ليس بأخٍ لها ، وأمرها أن تحتجب عنه دل على أنه قضى بملكه فلم يفصل بعض نسبه [٢] .

٢٥٢١٢ - فإن قيل : كيف يجوز أن يقضي عبدًا وقد اعترف عبد بأنه أخوه وعتق عليه [٣] .

٢٥٢١٣ - قلنا : الولد متنازع فيه وإنما ينفذ عتق المقر بعد ثبوت الملك له ، فقضى ﷺ بالملك فيصح وقوع الحرية باعترافه .

٢٥٢١٤ - فإن قيل : قوله ﷺ : « الولد للفراش » تعليل لثبوت النسب لا للملك [٤] .

٢٥٢١٥ - قلنا : هو تعليل لنفي نسبه من بني عتبة حين ظن أن نسبه ثبت ولا فراش لها .

٢٥٢١٦ - قالوا : قوله واحتجبي عنه إنما قاله بعد ضرب الحجاب ، فلولا أنه جرى بسبب يبيح النظر لم يقل : واحتجبي .

٢٥٢١٧ - قلنا : جرى بسبب وهو دعوى أخيها وثبوت أحكام النسب من حقه ، فبين عليه الصلاة السلام أن ذلك إن ثبت له فلم يثبت الأحكام في حقها ، لولا هذا لم يكن للأمر بالاحتجاب معنى .

٢٥٢١٨ - قالوا : هذا محال لأنه لا يجوز أن يمنع من النظر المباح مع ما فيه من صلة الرحم ، وقد علل الحجاب بغير هذا فلم يكن للأمر بالاحتجاب معنى [٥] .

---

(١) سبق تخريجه .

(٢) وأجاب الماوردي عن هذا من وجهين : أحدهما : أنه قد حكم لعبد بن زمعة بما ادعاه من نسبه ، والحكم بالدعوى محمول على إثباتها دون إبطالها . الثاني : أنه لو نفاه لأجرى عليه حكم الرق ، ولم يفعل ذلك . وأمر سودة بالاحتجاب عنه محمول على أحد وجهين إما أن يبين بذلك أن للزوج أن يحجب زوجته عن أقاربها فيصير ذلك ابتداء لبيان حكم ، وإما لأنه رأى فيه شبها قويا من عتبة وقد نفاه الشرع عنه بالفراش الثابت لغيره ، ففعل ذلك إما بطريق الاستظهار أو حتى لا ترى سودة ما فيه من الشبه بعتبة فترتاب في نسبه .

(٣) انظر : الحاوي للماوردي (١٥٥/١١) .

(٤) انظر : الحاوى للماوردي (١٥٤/١١) .

(٥) انظر : الحاوي للماوردي (١٥٥/١١) .

٢٥٢١٩ - قالوا : رأى النبي ﷺ للولد شبهًا فاحتاط في الأمر بالإيجاب (١) .

٢٥٢٢٠ - قلنا : الولد الثابت النسب لا حكم للشبه فيه ، وإنما يتعلق الحكم بالفراش . وعند مخالفنا يعتبر الشبه من الواطئين إذا كان كل واحد منهما وطئ على وجه ثبت بوطئه النسب (٢) .

٢٥٢٢١ - احتجوا : بما روي عن عمر (٣) أنه قال : « ما بَالُ رِجَالٍ يَطَئُونَ وَلائدهم ثم يرسلونهن يدَعُوهن يَخْرُجْن لا تأتيني وليدة يعترف سيدها أنه قد ألم بها إلا وألحقت به ولدها فأرسلوهن بعد أن أمسكوهن » (٤) .

٢٥٢٢٢ - قلنا : ذكر محمد (٥) في الأصل عن زيد بن ثابت (٦) مثل قولنا (٧) فصارت مسألة خلاف (٨) .

٢٥٢٢٣ - قالوا : روي عن زيد أنه نفى ولد جارية له وكان يعزل عنها ، فلولا أنه اعتقدها فراشًا ما اعتد بالوطء (٩) .

٢٥٢٢٤ - قلنا : نحن لم نستدل بهذا الخبر ، وإنما ذكر محمد عنه مثل مذهبنا ، بما يفيد أن النسب لا يثبت بالوطء وأما اعتداده بالعزل فصحيح ، لأنه يستحب له أن يعترف به إذا وطئها ثم حصنها فهذا الاعتداد لعدوله عن الاستحباب . وقد روي : « أن

---

(١) انظر : الحاوي للماوردي (١١/١٥٥) .

(٢) انظر : الحاوي للماوردي (١١/١٥٦) .

(٣) سبقت ترجمته .

(٤) أخرجه الإمام مالك في الموطأ في باب القضاء في أمهات الأولاد (٢/٧٤٣) .

(٥) انظر : المهذب (٢/١٥٨) ، الحاوي الكبير للماوردي (١١/١٥٦) . ووجه الدلالة من الأثر ، أن عمر ابن الخطاب نادى به في الناس فلم ينكر فصار إجماعا .

(٦) هو : زيد بن ثابت بن الضحاك بن زيد ... ، روي عن النبي ﷺ وعن صاحبيه وعنه أبو هريرة وابن عباس وابن عمر وأنس بن مالك وغيرهم ، قال أنس : « جمع القرآن على عهد رسول الله ﷺ أربعة كلهم من الأنصار : أبي ، ومعاذ ، وزيد بن ثابت ، وأبو زيد ، وقال أبو عبيد : مات سنة ٤٥ هـ . انظر : الجرح والتعديل (٣/٥٥٩) ، الاستيعاب (٣/٥٣٨) ، تهذيب التهذيب (٣/٣٩٩) ، سير أعلام النبلاء (٢/٤٢٦) .

(٧) انظر : الأصل .

(٨) قال في الحاوي : « وأما نفي زيد فإنما نفاه لأنه قال : « كنت أعزل عنها » فدل على أنه معهم ، إذ لو لم يعزل كان لاحقًا به . انظر : الحاوي للماوردي (١١/١٥٦) .

(٩) الحاوي للماوردي (١١/١٥٦) .

جارية لعمر أتت بولد كان يطؤها فنفاه وقال : اللّهم لا يلحق بآل الخطاب من ليس منهم » .

٢٥٢٢٥ – قالوا : كل وطء ثبت به تحريم المصاهرة ، [يجب أن يثبت به النسب] (١) .

٢٥٢٢٦ – قلنا : حكم ثبت بينها وبين غيرها ولأن نفس ما ثبت بينهما من الأحكام بعضها ببعض أولى من اعتبارها بحكم ثبت بينه وبين غيرها . وتثبت هذه العلة بالقبلة على أحد القولين ، وبالرضاع على القولين جميعا . وقولهم : إن الرضاع لا تحرم به أمها ، ولا تحرم به أختها تحريم جمع لا يصح ، لأن تحريم المصاهرة يتعلق به ، بدلالة أنه لا يجوز للمرضعة أن تتزوج المرضع ، ولا يتزوج أمهاتها وبناتها ، ولا يجوز للمرضعة أن تتزوج بزوج المرضعة ولا بأولاده ، ولا يجوز الجمع بين هذه المرضعة وأخواتها (٢) وليس إذا لم يتعلق به من وجه خرج من أن يتعلق به تحريم المصاهرة . ألا ترى أن أصل عقد النكاح أصل عليهم ، ويتعلق به تحريم الأمهات دون البنات بالاتفاق .

٢٥٢٢٧ – قالوا : إن تحريم المصاهرة يتعلق به ، والمعنى في عقد النكاح أنه يوجب المهر لها على زوجها ، فجاز أن تصير به فراشًا .

٢٥٢٢٨ – ونقول : المعنى أن وطء الأمة لم يؤثر في إيجاب المال على المولي فلم تصر به فراشًا . ونقول : المعنى فيه أن زواله يجوز أن يوجب العدة إذا مات عنها ، ولما لم يجز أن يتعلق بزوال إباحة الوطء في الأمة عدة لم يجز أن تصير بالوطء فراشًا .

٢٥٢٢٩ – قالوا : سبب ثبت به تحريم الجمع ، فصارت الأمة به فراشًا لعقد النكاح (٣) .

٢٥٢٣٠ – قلنا : يبطل بالنسب فإنه ثبت به تحريم الجمع ولا تصير به فراشا . والقبلة واللمس بها تحريم الجمع ولا تصير به فراشًا ، ونقلب فنقول : سبب يثبت به تحريم الجمع فلا تصير به الأمة فراشا لمولاها . أصله عقدة النكاح .

٢٥٢٣١ – قالوا : الوطء أبلغ في إثبات التحريم من العقد ؛ لأنه يحرم الأمهات والبنات في الجمع ، وعندنا النكاح يحرم الأمهات دون البنات ، فإذا صارت بالنكاح فراشا فلأن تصير بالوطء فراشًا أولى (٤) .

---

(١) ما بين المعكوفتين زيادة لتمام المعنى . وفي الحاوي ، أنه وطء ثبت به تحريم المصاهرة فوجب أن يثبت به لي ، وقد يكون النسب كوطء الحرة انظر : الحاوي للماوردي (١٥٦/١١) .

(٢) انظر الاختيار (٦٣/٣) ، وما بعدها اللباب ٤٩٣ ، وما بعدها .

(٣ ، ٤) انظر : الحاوي الكبير (١٥٦/١١) .

٢٥٢٣٢ - قلنا : ثبوت التحريم لا يستدل به على ثبوت الفراش بدلالة أنه لو تزوج ثبت التحريم ولا يثبت الفراش . وكذا الصبي إذا تزوج وينتفي نسب الولد باللعان ولا يرتفع التحريم ، فلا يجوز أن يستدل بثبوت أقوى الحكمين على وجود أضعفها ، ولأن طريقه أولى . وإنما يصح إذا ثبت لمخالفنا أن العقد صادف به فراشًا لأن التحريم يتعلق به ، وإذا لم تصح هذه العلة لم يجز أن يقال إن الوطء دخل في التحريم فهو بإثبات هذا الحكم أولى .

٢٥٢٣٣ - ولأن العقد ثبت به حق لها وهو المهر فجاز أن يثبت به حق عليها ، وهو الفراش . كذلك الوطء في النكاح الفاسد لما أثبت لها عليه المهر أثبت لها الفراش [١] . فلما لم يثبت في الأمة على مولاها حق بوطئها لم يجز أن يثبت به الفراش الذي هو من حقوقها .

٢٥٢٣٤ - ولأن عقد النكاح يخالف الوطء في أحكام كثيرة ، بدلالة استيفاء الظهار والإيلاء والطلاق واللعان به واستيفاء ذلك بالوطء ، ويتساويان في التحريم ، فلو وجب أن يتساويا في إثبات الفراش لم بفترقا في التحريم ، ولم يجب أن يختلفا فيه لاختلاف بقية الأحكام .

* * *

(١) انظر : اللباب ٤٨٢ .

مسألة ١٢٤٤

إذا تزوج امرأة وطلقها بحضرة القاضي فجاءت بولد لستة أشهر

٢٥٢٣٥ - قال أصحابنا : إذا تزوج امرأة بحضرة القاضي وطلقها بحضرته فجائته بولد لستة أشهر ثبت نسبه منه ، وكذلك لو تزوجها وبينهما مسافة لا يصل إليها في مدة الحمل يثبت النسب [(١)] [(٢)] ويعتبر هو عن الزوج والمرأة والفراش المعروف وقد انشد أبو علي الفارسي [(٣)] .

باتت تعانقه وبات فراشها خلق العياد في الدماء

٢٥٢٣٦ - فقيل : هذا في رجل هوى امرأة فقتل زوجها ، ومعلوم أنه لم يرد بالفراش هاهنا المعروف لأن ذلك ليس بعلم النسب مع وجوده في الزاني ، ولا يجوز أن يكون المراد به المرأة ؛ لأنه لا فرق بين الفراش والعاهر ، والمرأة يثبت منها الولد مع القهر فلم يبق إلا الزوج ، فكأنه قال : الولد للزوج .

٢٥٢٣٧ - ولا يقال : إن معناه لذي الفراش ، فحذف المضاف وأقام مقامه المضاف إليه ؛ لأن ذا الفراش من أبيح له الاستفراش فهو الزوج وإن أردته من فعل الاستفراش لم يصح ؛ لأن الزاني يفعل ذلك ولا يثبت له نسب ، ولأنه ﷺ نفى النسب عن العاهر [(٤)] فالظاهر أنه أثبت للفراش ما نفاه ، فكأنه قال : « ولد العاهر » ، يثبت لصاحب الفراش ، وينتفي عن العاهر ولأنه أحد الزوجين فجاز أن يلحقه الولد

---

(١) انظر : الهداية (٢/٣٣) ، الاختيار ١٥٤٣ ، اللباب ٥٥٣ .

(٢) هكذا في جميع النسخ ، وقد ترك المصنف ذكر رأي الشافعي ، الذي اعتبر المدة وإمكان الوطء . انظر : الحاوي للماوردي (١١/١٤٩) ، المهذب (٢/١٥٤) ، المجموع (١٦/٤٠٤) .

(٣) هو الحسن بن علي بن إبراهيم ... الأهوازي روى عن نصر بن أحمد المرجي والمعافي الجريري والكتاني وغيرهم ، وعنه الخطيب والكتاني والفقيه نصر المقدي وغيرهم ، قال ابن عساكر : « كان على مذهب السالمية يقول بالظاهر ويتمسك بالأحاديث الضعيفة التي تقوي رأيه » توفي سنة ٤٤٦ هـ انظر : ميزان الاعتدال (١/٥١٢) ، كشف الظنون (١/٢١١) ، شذور الذهب (٣/٢٧٤) ، سير أعلام النبلاء (١٨/١٣) ، والشطر الثاني من البيت مكسور ، وفيه حذف ، وقد يكون تمامه مثل : « خلق العيادة في أديم من دماء » .

(٤) وذلك في قوله ﷺ : « الولد للفراش وللعاهر الحجر » فنفى النسب عن العاهر وأثبته للفراش . سبق تخريج هذا الحديث .

من الزنا كالزوج [١] ، ولأن النسب لا يخلو أن يثبت بالفراش الصحيح أو بإمكان الوطء ولا يجوز أن يتعلق بإمكان الوطء ؛ لأن ذلك موجود في الزاني وفي الأمة إذا ملكها ولم يطأها ، فلم يبق إلا أن يتعلق بالفراش الصحيح وهو موجود هاهنا [٢] .

٢٥٢٣٨ - ولأن كل ولد أقر به ثبت نسبه منه ، وإن لم يقر كما لو كان بينهما مسافة قريبة فلم يصل إليها حتى ولدت ، ولأن ماءه وماء الزاني لا يستحق له ، والماء المستحق إذا اختلط بما لا يستحق له كان الجميع لصاحب المستحق ، كماء السيل والمطر إذا اختلط بماء لرجل [٣] .

٢/أ ٢٥٢٣٩ - ولأن رحم / المرأة في حكم المملوك للزوج ، بدلالة أنه يملك استباحته ، ويمنع من العقد عليه بما حدث فيه من النماء المتولد ، وليس له مستحق كما يحدث ، وهو المستحق لأصله ، كالأرض المملوكة إذا نبت فيها شجر ، ولا يعرف مستحقها .

٢٥٢٤٠ - قالوا : لا نسلم أنه مملوك ، بدلالة أنها لو وطئت بشبهة كان المهر لها دونه [٤] .

٢٥٢٤١ - قلنا : لم نقل أنه مملوك ، لكنا قلنا أنه في حكم المملوك في جواز الاستباحة ، وقد يكون الشيء في حكم المملوك في باب الاستباحة ، وإذا أتلفه متلف لم يستحق بدله كالطعام الذي أبيح له .

٢٥٢٤٢ - قالوا : لا نسلم أن ما يحدث في الأرض يملكه صاحبها ؛ لأنه إذا نبت فيها [٥] ما حرث من بذر غيره كان لصاحب البذر دون صاحب الأرض [٦] .

٢٥٢٤٣ - قلنا : نحن إنما حدث ولا مستحق لأصله ، وأما ولد الزاني فليس له مستحق ، فهو كالشجرة التي نبتت لا يعرف مالك أصلها .

٢٥٢٤٤ - احتجوا : بأنها أتت بولد لا يمكن أن يكون منه ، فوجب أن لا يلحق به . أصله وامرأة الصغير [٧] .

٢٥٢٤٥ - قلنا : هذا غلط ؛ لأنها إذا تزوجت بحضرة القاضي فطلقها بحضرته

---

(١) انظر : اللباب ٥٥٤ .

(٢) انظر : الهداية (٣٣/٢) ، الحاوي للماوردي (٩٢/١١) ، وما بعدها .

(٣) انظر : الاختيار (١٥٤/٣) .

(٤) انظر : الحاوي للماوردي (٩٣/١١) .

(٥) في (م) [قط] .

(٦) انظر : المجموع (٤٠٤/١٦) .

(٧) أو كما لو ولدته دون ستة أشهر .

جاز أن تكون استدخلت الماء قبل التزويج ، وفي حال العقد وصل إلى رحمها من العقد والطلاق .

٢٥٢٤٦ – وعند الشافعي أن المرأة إذا استدخلت الماء جازت أن تعلق منه .

٢٥٢٤٧ – وعلى قولنا يجوز أن يكون وطؤها قبل العقد ، ولم يصل المني إلى رحمها إلا بعد العقد ، فكيف نسلم أن الولد لا يجوز أن يكون منه . وإن عينوه في الشرقية والغربية جاز أن يكون الماء يصل إليها في جوفه إذا أقطر فاستدخلته ، ولا يصح الوصف على أصلهم .

٢٥٢٤٨ – والمعنى في الصبي أنه لا يجوز أن يكون والدًا فلم يجز أن يكون له ولد ، والبالغ يجوز أن يكون له ولد ، فصح أن ينسب إليه الولد ، كما لو كان بينهما مسافة قريبة ولم يجتمع معها . يبين الفرق بينهما أن من لا يجوز أن يكون مالكًا لا ينسب إليه الملك ، ومن يجوز أن يكون مالكًا يصح أن تنسب إليه الأملاك [١] .

٢٥٢٤٩ – قالوا : قد أجرى اللّٰه تعالى العادة أن لا يخلق الولد في أقل من ستة أشهر، كما أجرى اللّٰه العادة أن لا يخلق ولد الإنسان من ماء غيره ، وكما لو ولدت لأقل من ستة أشهر لم يثبت منه ، كذلك إذا كان من ماء غيره [٢] .

٢٥٢٥٠ – قلنا : إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر فقد حدث ولا فراش له ، وزانه الأرض إذا نبت فيها زرع ثم اشتراها لم يستحقه ، ولو نبت بعد الشراء استحقه ؛ لأنه حدث على ملكه .

٢٥٢٥١ – وقولهم : إن ولد الإنسان لا يخلق من ماء غيره موضع الخلاف . وعندنا أن المخلوق على الفراش سواء من ماء صاحب الفراش أو من ماء غيره فإن نسبه يثبت منه ، إلا أن ينفيه عن نفسه .

٢٥٢٥٢ – قالوا : ولد الملاعِنة يجوز أن يكون من مائه ، ويجوز أن يكون من ماء غيره ثم انتفى نسبه باللعان ، فالولد الذي يعلم أنه ليس من مائه أولى .

٢٥٢٥٣ – قلنا : إذا لاعنها قطع الفراش فانتفى النسب الثابت ، وفي مسألتنا الفراش بحاله فالولد الحادث عليه لا ينتفي ، ما لم يوجد النسب المؤثر في قطع الفراش .

٢٥٢٥٤ – قالوا : نحن اعتبرنا الزواج وإمكان الوطء ، وأنتم اعتبرتم الزواج دون

---

(١) قاعدة : من لا يجوز أن يكون مالكًا لا ينسب إليه الملكُ ومن يجوز أن يكون مالكًا يصح أن تنسب إليه الأملاك .

(٢) أو كما لو ولدته دون ستة أشهر .

إمكان الوطء ومتى لم يمكن الوطء قطعنا أن الولد ليس منه [١] .

٢٥٢٥٥ - قلنا : إمكان الوطء مع الفراش غير معتبر ، بدلالة أن من تزوج امرأة فجاءت بولد لتمام ستة أشهر ثبت نسبه [٢] . ولو اعتبرنا إمكان الوطء وجب أن لا يثبت ؛ لأنها جاءت به بعد الإمكان لأقل من ستة أشهر فلما لم يثبت النسب سقط اعتبار الوطء .

٢٥٢٥٦ - فإن قالوا : لا يثبت حتى تأتي به لأكثر من ستة أشهر بمقدار ما يطؤها [٣] .

٢٥٢٥٧ - قلنا : خالفوا الإجماع لأنه روى أن امرأة تزوجت وجاءت بولد لستة أشهر فهمَّ عثمان [٤] برجمها ، فقال ابن عباس : أما أنها لو خاصمتكم لخصمتكم ، فترك عثمان رجمها [٥] فدل من اتفاقهم أن نسب الولد ثبت لستة أشهر من غير زيادة .

* * *

(١) انظر : الحاوي للماوردي (١١/١٥٠) .
(٢) انظر : الهداية (٢/٣٢) .
(٣) انظر : المجموع (١٦٤/٤٠٤) .
(٤) سبقت ترجمته .
(٥) أخرجه في الموطأ (٢/٨٢٥) ، حديث رقم (١١) .

مَوْسُوعَة

القَوَاعِدِ الفِقْهِيَّةِ المُقَارَنَةِ

المُسَمَّاة

التَّجْرِيد

كتاب العدة

كتاب العدة (١)

---

(١) العدة لغة : مأخوذة من العد والحساب ، والعد في اللغة : الإحصاء ، وسميت بذلك لاشتمالها على العدد من الأقراء أو الأشهر غالبا ، فعدة المرأة المطلقة والمتوفى عنها زوجها هي ما تعده من أيام أقرائها ، أو أيام حملها ، أو أربعة أشهر وعشر ليال ، وقيل : تربصها المدة الواجبة عليها ، وجمع العِدة : عِدَد ، كسدرة ، وسدر . والعُدّة بضم العين : الاستعداد أو ما أعددته من مال وسلاح ، والجمع عُدد ، مثل غرفة وغرف . والعِدّ : الماء الذي لا ينقطع ، كماء العين وماء البئر .

وفي الاصطلاح : اسم لمدة تتربص فيها المرأة لمعرفة براءة رحمها ، أو لتفجعها على زوجها .

وقد : اتفق الفقهاء على مشروعية العدة ووجوبها على المرأة عند وجود سببها واستدلوا على ذلك بالكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب فمنه قول الله تعالى : ﴿ وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ ﴾ وقوله تعالى : ﴿ وَٱلَّٰٓـِٔى يَئِسْنَ مِنَ ٱلْمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمْ إِنِ ٱرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشْهُرٍ وَٱلَّٰٓـِٔى لَمْ يَحِضْنَ وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ وقوله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ﴾ . وأما السنة فمنها ما ورد عن أم عطية رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ قال : « لا تحد امرأة على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشرا » وما ورد أنه ﷺ قال لفاطمة بنت قيس : « اعتدى في بيت ابن أم مكتوم » وعن عائشة رضي الله عنها قالت : « أمرت بريرة أن تعتد بثلاث حيض » . ولذا أجمعت الأمة على مشروعية العدة ووجوبها من عصر الرسول ﷺ إلى يومنا هذا دون نكير من أحد .

وإنما تجب العدة على المرأة بالفرقة بين الزوجين بعد الدخول بسبب الطلاق أو الموت أو الفسخ أو اللعان ، كما تجب بالموت قبل الدخول وبعد عقد النكاح الصحيح . وأما الخلوة فقد اختلف الفقهاء في وجوب العدة بها فذهب الحنفية والمالكية والحنابلة إلى أنه تجب العدة على المطلقة بالخلوة الصحيحة في النكاح الصحيح دون الفاسد ، فلا تجب في الفاسد إلا بالدخول ، وذهب الشافعية إلى أن العدة لا تجب بالخلوة المجردة عن الوطء .

وهل تجب العدة على الرجل ؟ ذهب الفقهاء إلى أن العدة لا تجب على الرجل حيث يجوز له بعد فراق زوجته أن يتزوج غيرها دون انتظار مضي مدة عدتها ، إلا إذا كان هناك مانع يمنعه من ذلك ، كما لو أراد الزواج بعمتها أو خالتها أو أختها أو غيرها ممن لا يحل له الجمع بينهما ، أو طلق رابعة ويريد الزواج بأخرى ، فيجب عليه الانتظار في عدة الطلاق الرجعي بالاتفاق ، أو البائن عند الحنفية ، خلافا لجمهور الفقهاء ، فإنه لا يجب عليه الانتظار . ومنع الرجل من الزواج هنا لا يطلق عليه عدة ، لا بالمعنى اللغوي ولا الاصطلاحي ، وإن كان يحمل معنى العدة ، قال النفراوي : المراد من حقيقة العدة منع المرأة ، لأن مدة منع من طلق رابعة من نكاح غيرها لايقال له عدة ، لا لغة ، ولا شرعًا ، لأنه لا يمكن من النكاح في مواطن كثيرة ، كزمن الاحرام أو المرض ولا يقال فيه أنه معتد .

وإنما شرعت العدة لمعان وحكم اعتبرها الشارع منها : العلم ببراءة الرحم ، وأن لا يجتمع ماء الواطئين فأكثر في رحم واحد فتختلط الأنساب وتفسد ، ومنها : تعظيم خطر الزواج ورفع قدره وإظهار شرفه ، ومنها : =

....

= تطويل زمان الرجعة للمطلق لعله يندم ويفئ فيصادف زمنا يتمكن فيه من الرجعة ، ومنها قضاء حق الزوج وإظهار تأثير فقده في المنع من التزين والتجميل ، ولذلك شرع الإحداد عليه أكثر من الإحداد على الوالد والولد ، ومنها : الاحتياط لحق الزوج ، ومصلحة الزوجة ، وحق الولد ، والقيام بحق اللّٰه الذي أوجبه ، ففي العدة أربعة حقوق ، وقد أقام الشارع الموت مقام الدخول في استيفاء المعقود عليه ، فليس المقصود من العدة مجرد براءة الرحم ، بل ذلك من بعض مقاصدها وحكمها .

وإجمال أنواع العدد في الشرع ثلاثة :

أ - عدة القروء . ب - عدة الأشهر .

ج - عدة وضع الحمل .

أما العدة بالقروء ففيها اختلاف الفقهاء على قولين :

القول الأول : وهو قول كثير من الصحابة رضوان اللّٰه عليهم ، وفقاء المدينة ، ومالك والشافعي وأحمد في إحدى الروايتين عنه : أن المراد بالأقراء في العدة : الأطهار ، **القول الثاني** : المراد بالقرء : الحيض ، وهو ما ذهب إليه جماعة من السلف كالخلفاء الأربعة وابن مسعود ﷺ وطائفة كثيرة من الصحابة والتابعين وبه قال أئمة الحديث والحنفية وأحمد في رواية أخرى حيث نقل عنه أنه قال : كنت أقول : إنها الأطهار ، وأنا اليوم أذهب إلى أنها الحيض .

وأما العدة بالأشهر : فإنها تجب في حالتين : **الحالة الأولى** : وهي ما تجب بدلا عن الحيض في المرأة المطلقة أو ما في معناها التي لا ترى دمًا ليأس أو صغر ، أو بلغت سن الحيض ، أو جاوزته ولم تحض ، فعدتها ثلاثة أشهر بنص القرآن ، لقوله تعالى : ﴿ وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِن نِّسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ ﴾ أي فعدتهن كذلك ، ولأن الأشهر هنا بدل عن الأقراء ، والأصل مقدر بثلاثة ، فكذلك البدل .

الحالة الثانية : عدة الوفاة التي وجبت أصلا بنفسها ، وسبب وجوبها الوفاة بعد الزواج الصحيح ، وسواء أكانت الوفاة قبل الدخول أو بعده ، وسواء أكانت ممن تحيض أم لا ، بشرط ألا تكون حاملا ، ومدتها أربعة أشهر وعشرة أيام ، لعموم قوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ﴾ وقول الرسول ﷺ « لا يحل لامرأة تؤمن باللّٰه واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث ليال ، إلا على زوج أربعة أشهر وعشرًا » .

وإنما تحتسب أشهر العدة : في الطلاق أو الفسخ أو الوفاة بالشهور القمرية وزيادة ما نقص منها من الأيام ، لأنه إذا انكسر جميع الأشهر ، قياسا على صوم الشهرين المتتابعين إذا ابتدأ الصوم في نصف الشهر . ولأن العدة يراعى فيها الاحتياط ، فلو اعتبرناها في الأيام لزادت على الشهور ولو اعتبرنا بالأهلة لنقصت عن الأيام ، فكان إيجاب الزيادة أولى احتياطًا .

ويبدأ الحساب عند ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة من الساعة التي فارقها زوجها فيها ، فلو فارقها في أثناء الليل أو النهار ابتدئ حساب الشهر من حينئذ ، واعتدت من ذلك الوقت إلى مثله ، واستدلوا بقوله تعالى : ﴿ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ ﴾ وقال تعالى : ﴿ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ﴾ فلا تجوز الزيادة عليها بغير دليل ، وحساب الساعات ممكن : إما يقينا وإما استظهارا ، فلا وجه للزيادة على ما أوجبه اللّٰه تعالى .

=

مسألة ١٢٤٥

الأقراء المذكورة في القرآن

٢٥٢٥٨ - قال أصحابنا : الأقراء المذكورة في القرآن هي الحيض (١) .

٢٥٢٥٩ - وقال الشافعي : الأطهار . ويتعين الخلاف إذا طلقها في الطهر انقضت عدتها عندنا بالخروج من الحيضة الثالثة .

= وقال المالكية : لا يحسب يوم الطلاق إن طلقت بعد فجره ، ولا يوم الوفاة . العَشْر المعتبرة في عدة الوفاة بالأشهر وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أن العشر المعتبرة في عدة الوفاة هي عشر ليال بأيامها ، لقوله تعالى : ﴿ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ﴾ فالعرب تغلب صيغة التأنيث في العدد خاصة على المذكر فتطلق لفظ الليالي وتريد الليالي بأيامها كقوله تعالى لسيدنا زكريا ﷺ ﴿ ءَايَتُكَ أَلَّا تُكَلِّمَ النَّاسَ ثَلَٰثَ لَيَالٍ سَوِيًّا ﴾ يريد بأيامها بدليل أن الله تعالى قال في آية أخرى ﴿ ءَايَتُكَ أَلَّا تُكَلِّمَ النَّاسَ ثَلَٰثَةَ أَيَّامٍ إِلَّا رَمْزًا ﴾ إلا رمزًا يريد بلياليها ولو نذر اعتكاف العشر الأخير من رمضان لزمه الليالي والأيام وبهذا قال أبو عبيد وابن المنذر خلافا للأوزاعي والأصم اللذين قالا : تعتد بأربعة أشهر وعشر ليال وتسعة أيام ، لأن العشر تستعمل في الليالي دون الأيام ، وإنما دخلت الأيام اللاتي في أثناء الليالي تبعا ، وعلى ذلك فلو تزوجت في اليوم العاشر جاز ، أخذا من تذكير العدد (العشر) في الكتاب والسنة لقوله ﷺ « لا يحل لمرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاثة أيام إلا على زوج أربعة أشهر وعشرًا » فيجب كون المعدود من الليالي وإلا لأنثه .

وأما العدة بوضع الحمل : سواء أكانت عن طلاق أم وطء شبهة فذلك لقوله تعالى : ﴿ وَأُولَٰتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ ولأن القصد من العدة براءة الرحم ، وهي تحصل بوضع الحمل . وقد اختلف الفقهاء في عدة المتوفى عنها زوجها إذا كانت حاملا : فذهب جمهور الفقهاء إلى أن عدتها تنقضي بوضع الحمل ، قلت المدة أو كثرت ، حتى ولو وضعت بعد ساعة من وفاة زوجها ، فإن العدة تنقضي وتحل للازواج . واستدلوا على قولهم بعموم قوله تعالى : ﴿ وَأُولَٰتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ فقد جاءت عامة في المطلقات ومن في حكمهن والمتوفى عنها زوجها لو كانت حاملًا . انظر : لسان العرب مادة (عدد) والمصباح المنير ، شرح حدود ابن عرفه ص٣٦ ، مغني المحتاج (٤٠٨/٣) ، بدائع الصنائع (٢٠٨/٣) ، والمغني لابن قدامة (٤٤٨/٧) ، فتح القدير (٣٠٧/٤) ، الدسوقي (٤٦٩/٢) ، جواهر الإكليل (٣٨٥/١) .

(١) جاء في المبسوط : وعدة التي تحيض كما قال الله تعالى في كتابه ثلاثة قروء وهو حكم مقطوع به ثابت بالنص ثم عطف عليه ما هو مجتهد فقال : القروء هي الحيض وهذا عندنا وعند الشافعي ﷺ تعالى هي الأطهار حتى أن على مذهبه كما طعنت في الحيضة الثالثة يحكم بإنقضاء عدتها وعندنا مالم تطهر من الحيضة الثالثة . وعن ابن عمر وعائشة وزيد بن ثابت رضي الله تعالى عنهم قالوا : الإقراء الأطهار وعن ابن عباس ﷺ كما طعنت في الحيضة الثالثة : تبين من زوجها ولا يحل لها أن تتزوج حتى تطهر وكذلك أهل اللغة يطلقونه اسم القرء على الطهر والحيض جميعًا . انظر : المبسوط (١٣/٦) ، البدائع (١٩٤/٣) .

٢٥٢٦٠ – وقال الشافعي : بالشروع فيها تنقضي [1] .

٢٥٢٦١ – لنا : قوله تعالى : ﴿ وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ ﴾ [2] ، فذكر جمعًا مفسرًا لعدد ؛ فظاهره يقتضي استغراق العدد كقوله « رأيت ثلاث رجال » .

٢٥٢٦٢ – ومعلوم أن اللّه تعالى أمر بإيقاع الطلاق في الطهر ، فإذا كانت الأقراء الأطهار واعتدت [3] بطهرين وبعض الثالث ، وإذا كانت بالحيض استغرقت الثلاث ؛ فكان حمل الاسم على الحيضَ التي يستغرق فيها العدد أولى .

٢٥٢٦٣ – ولا يقال إنا نستغرق ثلاثة أطهار إذا طلقها في حال الحيض ، لأن هذا الطلاق ليس هو المأمور به ، ولأنا نعتبر ثلاث حيض كاملة إذا وقع الطلاق في الحيض والطهر . وعندهم نستكمل الاقراء إذا طلقها في الحيض دون الطهر ، والاعتبار الذي يستكمل فيه العدد بكل حال أولى .

٢٥٢٦٤ – فإن قيل : لا يمتنع أن يذكر اسم الجمع ، ويراد به أكثر من ثلاثة ، كقوله تعالى : ﴿ ٱلْحَجُّ أَشْهُرٌ ﴾ [4] .

٢٥٢٦٥ – قلنا : الظاهر تُرك هناك لدليل لبث الكفار لثلاث خلون ، وإن كان يوم الثالث .

٢٥٢٦٦ – قلنا : هذا الاستعمال لا تعرفه العرب .

٢٥٢٦٧ – قالوا : قال النبي ﷺ : « أيام منى ثلاثة أيام » [5] ، والمراد بها يومان وبعض الثالث ، وبين أن يقيم ثلاثة أيام ويبقى الرابع بقوله : أيام منى ثلاثة أيام ، يقتضي التي ثبت فيها المقام لمن لم يتعجل » [6] .

٢٥٢٦٨ – ولأن اللّه تعالى أمر المطلقة أن تتربص بالأقراء ، ونهاها أن تكتم حيضها

---

(١) جاء في المهذب : فإن كانت المعتدة غير حامل فإن كانت تحيض اعتدت بثلاثة أقراء لقوله ﷻ ﴿ وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ ﴾ والأقراء هي الأطهار والدليل عليه قوله تعالى : ﴿ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾ والمراد في وقت عدتهن . انظر : المهذب للشيرازي (١٥٢/٢) ، الأم (٢٢٥/٥) .

(٢) سورة البقرة : الآية ٢٢٨ .

(٣) في المخطوط بدون الواو .

(٤) سورة البقرة : الآية ١٩٢ .

(٥) أخرجه الإمام الطحاوي في شرح معاني الآثار (٢١٠/٢) ط دار المعرفة ، نصب الراية (١٨٧/٣) .

(٦) في المخطوط : « لما لم يتعجل » .

بقوله : ﴿ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ ٱللَّهُ فِيٓ أَرْحَامِهِنَّ ﴾ (١) ، والأمر بالشيء إذا تعقب النهي فالظاهر أنه يتناول مقتضى الأمر ، فلما كان قوله : ﴿ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ ﴾ يتناول كتمان الحيض ، علم أن الأمر بالتربص يتناول الحيض

٢٥٢٦٩ – [ولأن الحيض] (٢) يتناوله اسم القرء بكل حال والأطهار في بعض الأحوال ، ولا سيما فيما إذا تخللت الحيَض ؛ فلما انتفى الاسم عن الطهر في حال ، دل على أنه مجاز ، وليس بحقيقة .

٢٥٢٧٠ – ولأن ما سمي باسم لم يجازوه إلى غيره ، فالاسم مجاز فيه كتسمية إيجاب الرق بدونه .

٢٥٢٧١ – ولأن أهل اللغة قالوا : إن اسم القرء يصلح للحيض والطهر .

قال ذلك يعقوب في كتاب الأضداد ، وقال : « أو أنها الأطهار في لغة أهل الحجاز ، والحيض في لغة أهل العراق [وهي لغة تميم] (٣) ، وقد نزل القرآن باللغتين ، وأجمعوا أن الأقراء المذكورة في الآية لم يرد بها الأمرين ، وإنما المراد بها إما الحيض أو الأطهار ، فحملها على الحيض أولى .

٢٥٢٧٢ – لأنه ﷺ تكلم بذلك ؛ فقال لفاطمة بنت أبي حبيش : « إذا أتاك قرءك ، فدعي الصلاة » (٤) .

٢٥٢٧٣ – وفي حديث أم سلمة أنه [ﷺ] (٥) قال : « المستحاضة تدع الصلاة أيام أقرائها » (٦) ؛ فكان حمل ما اختلف فيه على لغته ﷺ أولى .

٢٥٢٧٤ – فإن قيل : قد روي في حديث بن عمر أن النبي ﷺ قال : « إنما أمرك أن تطلقها في كل قرء تطليقة » (٧) .

---

(١) سورة البقرة : الآية ٢٢٨ .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب ص واستدركه المصنف في الهامش .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب ص واستدركه المصنف في الهامش

(٤) متفق عليه : أخرجه البخاري في كتاب الوضوء باب غسل الدم ، ومسلم في كتاب الإيمان باب المستحاضة وغسلها وصلاتها (٢٦٤/١) برقم (٣٣٢) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب ص واستدركه المصنف في الهامش

(٦) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٣٣١/١) ، وأبو داود (٧٣/١) برقم (٢٨١) ، انظر : نصب الراية (٨٩/١) دار المعرفة .

(٧) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٣٣٤/٧) ، وانظر : نصب الراية (٢٢٠/٣) .

٢٥٢٧٥ – قلنا : الذي يروى أنه قال : « إنما أمرك أن تطلقها لكل قرء تطليقة » ، وهذه اللام تُذْكَر ، ويُرَاد بها الماضي كقوله : « صوموا لرؤيته » [١] ، ويُرَاد بها الاستقبال كقوله : ﴿ وَمَنْ أَرَادَ ٱلْآخِرَةَ وَسَعَىٰ لَهَا سَعْيَهَا ﴾ [٢] .

٢٥٢٧٦ – ولأن أهل اللغة تكلموا في اشتقاق القرء ، فمنهم من قال : إنه مأخوذ من الجمع يقول : قريت الماء في الحوض ، أي جمعته ، وكذلك القرآن سمي قرآنًا لجمعه . قال الشاعر :

ذِراعَي (عَيْطَلٍ) أدماءَ بِكْرٍ (هِجَانِ) اللونِ لمْ تقرأْ جَنينا [٣]

٢٥٢٧٧ – ويقولون : ما قرأت الناقة ، أي ما اشتمل رحمها على ولد .

٢٥٢٧٨ – وقالوا : أنه مأخوذ من الوقت ، وأنشدوا :

كرهت (العَقْرَ عَقْرَ) بني سليل إذا هبت لقارئها الرياح [٤]

٢٥٢٧٩ – وقد قيل : هو اسم الانتقال من شيء إلى شيء ، وأنشدوا :

٢٥٢٨٠ – إذا ما الثريا وقد أقرا ه حسن السما كان منها أفولا [٥]

٢٥٢٨١ – فإن أخذ من الجمع فهو الحيض ؛ لأنه ذو أجزاء صح اجتماعه ، وهذا لا يوجد في الطهر .

٢٥٢٨٢ – فإن قيل : الحيض يجتمع في أيام الطهر ، ثم ينفصل في أيام الحيض .

٢٥٢٨٣ – قلنا : هذا دعوى لا دلالة عليها ، ولأن هذا يقتضي أن يكون الاسم تناول الطهر لأجل الدم واجتماعه ، فيكون كل واحد من الطهر أخذ من الوقت فيكون وقتًا لما يحدث فيه ، والحادث هو الحيض ، والطهر الأصل ، فكان حمل الاسم على الدم الحادث أولى ، وإن كان الاسم أخذ من الانتقال تناول الحيض والطهر على وجه واحد / ، واقتضى تساويهما .

٢٥٢٨٤ – وقد ثبت باتفاقنا أن أحد الأمرين يترجح على الآخر ؛ فما أدى إلى تساويهما ساقط .

---

(١) متفق عليه : أخرجه البخاري في كتاب بدء الوحي باب في قول النبي إذا رأيتم الهلال فصوموا (٦٧٤/٢) برقم (١٨١٠) ، مسلم في باب بيان أنه لا اعتبار بكبر الهلال وصغره (٧٦٢/٢) برقم (١٠٨١) .

(٢) سورة الإسراء : الآية ١٩ . (٣) لعمرو بن كلثوم ، تفسير الطبري (١٨٩/٢٩) .

(٤) انظر : التمهيد لابن عبد البر (٨٧/١٥) وزارة الأوقاف المغربية ولسان العرب مادة قرء (٣٥٦٥/٥) .

(٥) انظر : تفسير الطبري (٤٤٤/٢) .

٢٥٢٨٥ - فإن قيل : قد عبروا بالقرء عن الطهر ، قال الأعشى :

أفي كل يوم أنت جاشم غزوة   تشد لأقصاها بزيم عزائكا
مورثة مجدًا وفي الذكر رفعة   لما ضاع فيها من قروء نسائِكَ [1]

٢٥٢٨٦ - قلنا لهم : المجاز [2] يعبر في موضع الخلاف شيئًا لاتفاقنا على تسميتهم لكل واحد من الطهر والحيض قرء ، فَتَكَلُّفُ الاجتماع بمجرد التسمية لا معنى له ، كما لا نحتج نحن بما جاء في ذلك أنه الحيض ، أنشد ثعلب :

٢٥٢٨٧ - يا رب مولى حاسد مباغض على ذي ضغن   وصب فارض له قروء كقروء الحائض [3]

فشبه هيجان عداوته بهيجان الحيض ، على أن الأعشى إنما أراد الوقت ، وذلك أن العرب كانت لا تمتنع من الوطء في حال الحيض والطهر ، وإنما كانت تمتنع من ذلك اليهود ، فعلم أنه أراد بالقرء وقت الجماع ، أو فعل الطهر الذي لا يجامع فيه يشبهها بالحيض التي يمنع من الجماع ، فمعنى هذا إن صح من دين العرب تجنب الوطء في حال الوطء ، ويدل عليه أنهم يقولون لمن تحيض : هذه من ذوات الأقراء ، ولمن لا تحيض : هذه ليست [4] من ذوات الأقراء ، فدل أن الاسم للحيض .

٢٥٢٨٨ - فإن قيل : إنما قالوا ذلك ؛ لأن القرء وهو الطهر من الحيض .

٢٥٢٨٩ - قلنا : فهذا دليلنا على أن الاسم تناول الطهر للمجاورة ، وهذه طريقة المجاز .

٢٥٢٩٠ - ويدل عليه حديث عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا [5] وابن عمر أن النبي ﷺ قال : « طلاق الأمة تطليقتان وعدتها حيضتان » [6] .

٢٥٢٩١ - فإن قيل : حديث عائشة رواه مظاهر بن أسلم [7] .

---

(١) تفسير الطبري (٤٤٤/٢) ديوان الأعشى ص٦٧ ، ولسان العرب مادة قرأ (٣٥٦٤/٥) .
(٢) ساقطة من صلب (ص) واستدركها المصنف في الهامش .
(٣) تفسير الطبري (٣٤١/١) ، أحكام القرآن للجصاص (٤٩٨/١) ، والمغرب ص٣٧٧ .
(٤) ساقطة من صلب (ص) واستدركها المصنف في الهامش .
(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) ، (ع) ، (ن) .
(٦) أخرجه الترمذي في سننه (٤٨٨) برقم (١١٨٢) باب ما جاء أن طلاق الأمة تطليقتان ، وأبو داود (٢٥٧/٢) برقم (٢١٨٩) باب في سنة طلاق العبد ، نصب الراية (٢٢٦/٣) .
(٧) هو : مظاهر بن أسلم ويقال ابن محمد ابن أسلم القرشي المخزومي المدني روى عن : سعيد المقبري =

٢٥٢٩٢ – قال أبو داود : مظاهر منكر الحديث .

٢٥٢٩٣ – قلنا : مجرد طعن أصحاب الحديث لا يعتد به حتى تبين جهة صحيحة للطعن ، فقد بينا أن من مذهب أحمد بن حنبل أن الحديث إذا روي من طرق ضعيفة صح الاحتجاج به .

٢٥٢٩٤ – فإن قيل : من مذهب عائشة أن الأقراء الأطهار ، وهو مذهب القاسم بن محمد [1] ، وهو الراوي عنها ؛ فكيف يرويان هذا الحديث ويخالفانه ؟ فدل ذلك على ضعفه .

٢٥٢٩٥ – قلنا : يجوز أن يكونا حملا الخبر على أن العدة تشتمل على حيضتين ، ولا بد فيها من الطهر ، والأقراء هي التي تنقضي بها العدة ، لم يعدلا عن ظاهر لفظ القرء عندهما بالاحتمال .

٢٥٢٩٦ – ولأن الله تعالى جعل الأطهار بدلًا عن الأقراء في الآيسة والصغيرة ، ومن حكم البدل أن يخالف الأصل في جنسه وصفته ، فلو كانت الأقراء الأطهار لاستوى جنس البدل والمبدل ، وهذا لا يضر .

٢٥٢٩٧ – ولأن المقصود بالعدة في ذوات الأقراء ، العلم ببراءة الرحم ، وهذا المعنى يوجد في الحيض ؛ لأنها لا تجتمع مع الحبل في العادة .

٢٥٢٩٨ – ولأن انفصال جزء من الحيض معتبر في انقضاء العدة ، وما اعتبر في انقضاء العدة انفصاله اعتبر انفصاله . أصله زمان الحمل .

٢٥٢٩٩ – ولأن العدة تشتمل على حيض وطهر ، فإذا جاز أن تنقضي العدة بالطهر

= والقاسم بن محمد بن أبي بكر الصديق ، وروى عنه : سفيان الثوري وسليمان بن موسى القرشي والزهري وأبو عاصم الضحاك وقال عنه أبو حاتم : منكر الحديث ، ضعيف الحديث وقال أبو داود رجل مجهول وحديثه في طلاق الأمة منكر . انظر : تهذيب الكمال (٩٦/٢٨ ، ٩٧) .

(١) هو : القاسم بن محمد ابن خليفة رسول الله ﷺ أبي بكر الصديق عبد الله بن أبي قحافة عالم وقته بالمدينة مع سالم وعكرمة وأبو محمد وأبو عبد الرحمن القرشي التيمي البكري المدني . ولد في خلافة الإمام علي فروايته عن أبيه عن جده انقطاع على انقطاع فكل منهما لم يلحق أباه . وربي القاسم في حجر عمته أم المؤمنين عائشة وتفقه منها وأكثر عنها . روى عن : ابن مسعود مرسلًا ، وزينب بنت جحش وفاطمة بنت قيس وابن عباس وابن عمر وأسماء بنت عميس جدته وأبي هريرة وغيرهم . وروى عنه : ابنه عبد الرحمن والشعبي ونافع العمري وسالم بن عبد الله وآخرون . توفي سنة ١٠٦ أو ١٠٧ أو ١٠٨هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (٥٣٩/٥) .

في الآيسة والصغيرة جاز أن تنقضي العدة ، وليس عند مخالفنا موضع يقف انقضاء العدة على الحيض يحال .

٢٥٣٠٠ – ولأن الطهر معنى يجتمع مع الحمل ، فلم يجز أن تنقضي به العدة وبراءة الرحم ، فوجب أن يكون في الحامل بالحيض كاستبراء الأمة ، وقد دل على هذا الأصل قوله ﷺ : « لا تُوطأ حامل حتى تضع ، ولا حائل حتى تستبرأ بحيضة » (١) .

٢٥٣٠١ – وهذا مذهب الشافعي نص عليه في مواضع من كتبه (٢) .

٢٥٣٠٢ – وقال في أم الولد : لا تحل للأزواج حتى تطهر من الحيضة (٣) .

قالوا : المقصود من الاستبراء إباحة الوطء ، فلو قلنا : إنه يقع بالطهر الذي يعقبه الحيض . فلم يحل الوطء .

٢٥٣٠٣ – ولذلك قلنا : إنه يقع بالحيض ليعقبه الطهر . وأما العدة فالمقصود من انقضائها تحريم الوطء ؛ فإذا جعلناها بالأطهار يعقبها الحيض المؤثر في تحريم الوطء .

٢٥٣٠٤ – قلنا : الاستبراء لو وقع بالطهر لاستفاد بمضيه إباحة القبلة واللمس ، وإن لم يستبح الوطء . وقولهم المقصود من انقضاء العدة تحريم الوطء . ليس بصحيح ، بل المقصود منها العلم ببراءة الرحم ، بدلالة أن المطلقة ثلاثًا ، والتي وُطِئَ أمها بشبهة تعتد ، وإن كان تحريم وطئها لا يتعلق بانقضاء العدة ثم إنه لا فرق بينهما . ثم إن العدة تطلب ليباح العقد ؛ فيجد الوطء بعده ، فهي كالاستبراء الذي يتعقبه آثار الوطء .

٢٥٣٠٥ – احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾ (٤) .

٢٥٣٠٦ – قالوا : معناه في زمان عدتهم ، كقوله تعالى : ﴿ وَنَضَعُ ٱلۡمَوَٰزِينَ ٱلۡقِسۡطَ لِيَوۡمِ ٱلۡقِيَٰمَةِ ﴾ (٥) معناه في يوم القيامة .

٢٥٣٠٧ – والعدة مصدر عدَّ ، يَعُدُّ ، عِدَّة ، كقولهم : وزن ، يزن ، وزنة ، ووعد ، يعد ، عدة ، والمصدر فعل لا يصح إيقاع الطلاق فيه ، فدل على أن المراد به زمان العدة والعرب تعبر في الحقوق عنه ، فتقول : « آتيك النجم » ، فيصير تقديره : فتطلقوهن في

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٣٢٩/٥) ، الإمام الشافعي في الأم (١٥١/٥) ، نصب الراية (٢٥٢/٤) .
(٢) انظر : الأم (٣٤٧/٧) ، (١٥١/٥) .
(٣) انظر : الأم (٢١٨/٥) .
(٤) سورة الطلاق : الآية ١ .
(٥) سورة الأنبياء : الآية ٤٧ .

زمان عدتهن ، وقد أجمعوا أن الطلاق يحرم في الحيض ، فعلم أن الأطهار زمان العدة [(١)] .

٢٥٣٠٨ - قلنا : زمان الطهر والحيض كلاهما عندنا عدة ، فإنما الخلاف فيما تنقضي به العدة ، أما أن نقول إن المرأة عقيب الطلاق ليست في عدة فلا .

٢٥٣٠٩ - ولأن الطهر لا يكون زمان العدة حتى لا يقع الطلاق فيه ، فكيف يجوز أن تقدر الآية بما قالوا ، وإنما هي مقدرة . بما روى من قراءة ابن عمر (فطلقوهن لقبل عدتهن) [(٢)] كأنه قال : (لقبل زمان عدتهن) ، وقد أبيح له طلاقها في آخر الطهر ، فيكون العدة ما يليه من الحيض ، كما يطلقها في أول الطهر ، ويكون العدة لما يليه من الطهر ، فدل ذلك على أن كلا الأمرين زمان العدة .

٢٥٣١٠ - احتج الشافعي بقوله : ﴿ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ ﴾ [(٣)] ، وهاء التأنيث تدخل في الجمع المذكر من الواحد إلى العشرة ، فدل على أن الأقراء هي الأطهار المذكورة ، وليست الحيض المؤنثة ، وهذا غلط ، لأن الحيض مؤنث جمع لمسماه اسم آخر مذكر ، وهو القرء ، فإذا جمع الاسم المذكر جمع التذكير ، كما أن المرأة اسم مؤنث لمسماه اسم آخر ، وهو الشخص ، فإذا جمعنا المؤنث قلنا : ثلاث نساء ، وإن جمعنا المذكر ، قلنا : ثلاثة أشخاص [(٤)] .

---

(١) العدة مصدر من عد يَعُد قاله العيني (قوله هي تربص) أي انتظار مدة ا هـ ع (قوله عند زوال النكاح) أي المتأكد بالدخول أو ما يقوم مقامه من الخلوة والموت . (قوله في المتن عدة الحرة للطلاق) أي سواء كان بائنا أو رجعيا . (قوله ثلاثة أقراء) والحكمة في تقدير العدة بثلاثة أقراء أن الأول لتعريف براءة الرحم ، والثاني لحرمة النكاح ، والثالث لفضيلة الحرة . انظر : تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق (٢٦/٣) .

(٢) انظر : تفسير القرطبي (١٥٣/١٨) . (٣) سورة البقرة : الآية ٢٢٨ .

(٤) حاصل الاختلاف راجع إلى أن القرء المذكور في قوله سبحانه ﴿ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ ﴾ هو الحيض أم الطهر فعند الحيض ، وعند الشافعي الطهر ولا خلاف بين أهل اللغة في أن القرء من الأسماء المشتركة يراد به الحيض ، ويراد به الطهر على طريق الاشتراك فيكون حقيقة لكل واحد منهما كما في سائر الأسماء المشتركة من اسم العين ، وغير ذلك ، أما استعماله في الحيض فلقول النبي ﷺ « المستحاضة تدع الصلاة أيام أقرائها » أي : أيام حيضها ؛ إذ أيام الحيض هي التي تدع الصلاة فيها لا أيام الطهر . وأما في الطهر فلما روينا أن رسول الله ﷺ قال لعبد الله ابن عمر ﷺ « إن من السنة أن تستقبل الطهر استقبالا فتطلقها لكل قرء تطليقة أي : طهر » ، وإذا كان الاسم حقيقة لكل واحد منهما على سبيل الاشتراك فيقع الكلام في الترجيح . احتج الشافعي بقوله تعالى : ﴿ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾ وقد فسر النبي ﷺ العدة بالطهر في ذلك الحديث حيث قال « فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء » فدل أن العدة بالطهر لا بالحيض ؛ ولأنه أدخل الهاء في الثلاثة بقوله ﷻ : ﴿ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ ﴾ . وإنما تدخل الهاء في جمع المذكر لا في جمع المؤنث يقال ثلاثة رجال ، وثلاث نسوة ، والحيض مؤنث ، والطهر مذكر فدل =

٢٥٣١١ - قالوا ، روى في الحديث ابن عمر أن النبي ﷺ ، قال : « فإذا طهرت ثم حاضت ثم طهرت ، فليطلقها إن شاء ، فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء » [١] .

٢٥٣١٢ - قلنا قوله : « فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء » فقوله « فتلك » إشارة إلى غير الحائض ، فكأنه قال : فليطلقها الحيضة الماضية بتلك العدة ، فإن قيل : كيف تسمى الحيضة قبل الطلاق عدة ؟

٢٥٣١٣ - قلنا : كيف يسمى الطهر الذي وقع فيه الطلاق عدة ، والعدة ما يعقب الطلاق ، لأنا بينا أن العدة مشتملة على الأطهار والحيض ، فالطهر هو الذي أبيح الطلاق فيه ، والحيض هو الذي تنقضي به العدة ، فلذلك قال في الطهر « فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها » ، ولم يقل : فتلك العدة على الأطهار .

٢٥٣١٤ - قالوا : قال الله تعالى : ﴿ وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ﴾ [٢] والقرء يقع على الطهر والحيض ، فالظاهر أنها تعتد بثلاثة منهما ، إلا أن الإجماع حصل على أن المراد أحدهما ، فحمله على الطهر أولى ، لأنه يتعقب الطلاق ، وهي معتدة عقيبة .

٢٥٣١٥ - ولأن الاسم إذا تناول أحد شيئين حمل على أولهما ، ولأن زمان الطهر أكثر وزمان الحيض أقل ، والأكثر متبوع والأقل تبع ، فحمل الاسم على المتبوع أولى .

٢٥٣١٦ - قلنا : قولكم إن الاسم إذا تناول أمرين حُمِل على أولهما صحيح ، متى كان الاسم يتناولهما على وجه واحد ، فأما إذا كان حقيقة في أحدهما مجاز في الآخر ، ومطلقًا في أحدهما مقيدًا في الآخر ، فالواجب حمله على المطلق والحقيقة وإن تأخر ، ونحن لا نسلم تناول الاسم للأمرين على وجه واحد .

٢٥٣١٧ - ولأن الحيض قد يتعقب الطلاق كما قد يتعقبه الطهر ، وهو إذا طلقها في آخر الطهر فعلى قولهم يجب حمله على الحيض هاهنا .

= أن المراد بها الأطهار ؛ ولأنكم لو حملتم القرء المذكور على الحيض للزمكم المناقضة ؛ لأنكم قلتم في المطلقة إذا كانت أيامها دون العشرة فانقطع دمها أنه لا تنقضي عدتها ما لم تغتسل من الحيضة الثالثة ، فقد جعلتم العدة بالطهر ، وهذا تناقض . انظر : بدائع الصنائع (١٩٤/٣ ، ١٩٥) .

(١) أخرجه الأمام أحمد في مسنده (١٠٢/٢) ، ومسلم في صحيحه (١٠٩٣/٢) برقم (١٤٧٠) باب تحريم اطلاق الحائض بغير رضاها كتاب الطلاق .

(٢) سورة البقرة : الآية ٢٢٨ .

٢٥٣١٨ - وقولهم إن الطهر يتعقب الطلاق المباح ، فقد يتعقب الطلاق المباح الحيض إذا طلقها في آخر أجزاء الطهر .

٢٥٣١٩ - وقولهم : زمان الطهر أكثر ، فهو المتبوع ، لا يصح ، لأن مقصود العدة يوجد بالحيض ، والمقصود هو المتبوع وغير المقصود تبع / .

٢٥٣٢٠ - قالوا : يمنع من إيقاع الطلاق فيه ؛ لأنه يفضي إلى تطويل العدة عليها أيضًا .

٢٥٣٢١ - قلنا : هذا غير مسلم ؛ لأنه ممنوع من إيقاع الطلاق في الحيضة الثانية والثالثة . وإن لم يؤد ذلك إلى تطويل العدة كان الأمر على ما قالوا ، وجاز أن يطلقها في آخر أجزاء الحيض ، لأن ذلك سيؤدي إلى تطويل العدة [1] .

٢٥٣٢٢ - قالوا : إيقاع الطلاق في زمان مباح مستند على العدة ، فوجب أن تكون معتدة عقيبه .

٢٥٣٢٣ - قلنا : فيجب إذا طلقها في الحيض أن تكون لا تختص بالعدة لأنه يتعقب فرقة مباحة ، وكذلك إذا طلقها في آخر أجزاء الطهر ، ولأنا قد بينا أن الطهر عندنا عدة فقد قلنا بموجب هذا الكلام ، والخلاف فيما يقتضي به .

٢٥٣٢٤ - قالوا : الحيضة التي طلقها فيها لا يعتد بها ، وتكمل من الحيضة الرابعة ، ونقول بموجبه ، لأن عندنا ما لا يعتد به هو الحيض الذي طلق فيه ، فلا يعتد بجميعه كما لا يعتد ببعضه ، ويبطل بالصوم ، فإنه لا يعتد بصوم بعض اليوم ويعتد بجميعه .

٢٥٣٢٥ - قالوا دم يؤثر في الصلاة والصوم ، فلا تنقضي به العدة ، كدم النفاس والحيضة التي طلقها فيها .

---

(١) فأما تخريج قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى فعلى ما ذكره محمد رحمه الله تعالى يجعل كأنه طلقها من أول الطهر تحرزا عن إيقاع الطلاق في الطهر بعد الجماع وطهرها خمسة عشر ؛ لأنه لا غاية لأكثر الطهر فيقدر بأقله وحيضها خمسة ؛ لأن من النادر أن يكون حيضها أقل أو يمتد إلى أكثر الحيض فيعتبر الوسط من ذلك ، وذلك خمسة فثلاثة أطهار كل طهر خمسة عشرة يكون خمسة وأربعين وثلاث حيض كل حيضة خمسة يكون خمسة عشر فذلك ستون يوما وعلى ما رواه الحسن رحمه الله تعالى يجعل كأنه طلقها في آخر جزء من الطهر ؛ لأن التحرز عن تطويل العدة واجب وإيقاع الطلاق في آخر الطهر أقرب إلى التحرز عن تطويل العدة ثم الحيض لها عشرة ؛ لأنا لما قدرنا طهرها بأقل المدة نظرا إليها : يقدر حيضها بأكثر الحيض نظرا للزوج فثلاث حيض كل حيضة عشرة يكون ثلاثين وطهران كل طهر خمسة عشر يوما يكون ثلاثين فذلك ستون .

٢٥٣٢٦ - قلنا : دم النفاس لا يحصل به براءة الرحم ، لأن النفاس عندنا من الولد الأول ، فيجمع النفاس مع الحمل في الغالب ، والحيض بخلافه . فأما الحيضة التي طلقها فيها فلا تنقضي بها العدة ، كما لا تنقضي بالطهر الذي طلقها فيه [١] .

٢٥٣٢٧ - فإن قالوا : لا يحتسب بها ، لم نسلم على ما قدمنا ، لأن تلك الحيضة لا يعتد بأولها ، لأنه إذا قدم الطلاق قد يعتد بآخرها ، لأن الحيضة لا تتبعض ، فإذا ثبت لأولها حكم ثبت لبقيتها .

٢٥٣٢٨ - قالوا : طلقها في زمان مباح يتقيد بما يعده من العدة ، كالآيسة والصغيرة .

٢٥٣٢٩ - قلنا : عدة الآيسة لا تشتمل على أمرين ، والمقصود منها ليس هو براءة الرحم ، لأنه قد سلمنا براءة رحمها ، فلذلك اعتدت بالطهر .

٢٥٣٣٠ - وفي مسألتنا زمان عدتها يشتمل على أمرين مختلفين ، والمقصود منها براءة الرحم ، وهذا يوجد في الحيض دون الطهر [٢] .

٢٥٣٣١ - احتج ابن سريج [١] بأنه منع من إيقاع الطلاق في الحيض ، لأنه يتعقبه ما لا يحتسب به .

٢٥٣٣٢ - فلو قلنا أن الطهر لا يعتد به منع من الطلاق في الطهر ، فقال له

---

(١) يقول الإمام الكاساني : « وما تراه النفساء من الدم بين الولادتين فهو دم صحيح في قول أبي حنيفة ، وأبي يوسف وعند محمد ، هو فاسد عند زفر بناء على أن المرأة إذا ولدت ، وفي بطنها ولد آخر فالنفاس من الولد الأول عند أبي حنيفة ، وأبي يوسف . وعند محمد ، وزفر من الولد الثاني ، وانقضاء العدة بالولد الثاني بالإجماع . وجه قول محمد وزفر : أن النفاس يتعلق بوضع ما في البطن كانقضاء العدة فيتعلق بالولد الأخير كانقضاء العدة ، وهذا لأنها بعد حبلى ، وكما لا يتصور انقضاء عدة الحمل بدون وضع الحمل لا يتصور وجود النفاس من الحبلى ، لأن النفاس بمنزلة الحيض ، ولأن النفاس مأخوذ من تنفس الرحم ولا يتحقق ذلك على الكمال إلا بوضع الولد الثاني فكان الموجود قبل وضع الولد الثاني نفاسا من وجه دون وجه ، فلا تسقط الصلاة عنها بالشك ، كما إذا ولدت ولدا واحدا وخرج بعضه دون البعض ، ولأبي حنيفة وأبي يوسف : أن النفاس إن كان دما يخرج عقيب النفس فقد وجد بولادة الأول ، وإن كان دما يخرج بعد تنفس الرحم فقد وجد أيضًا بخلاف انقضاء العدة ، لأن ذلك يتعلق بفراغ الرحم ولم يوجد ، والنفاس يتعلق بتنفس الرحم ، أو بخروج النفس وقد وجد أو يقول : بقاء الولد في البطن لا ينافي النفاس لانفتاح فم الرحم فأما الحيض من الحبلى فممتنع لانسداد فم الرحم ، والحيض اسم لدم يخرج من الرحم ، فكان الخارج دم عرق لا دم رحم . انظر : بدائع الصنائع (٤٣/١ ، ٤٤) .

(٢) عدة الآيسة والصغيرة ليتبين أنها ليست بحامل وفي أكثر المعتبرات لا تفيد في ظاهر الرواية عند الشيخين (وعند محمد بأربعة أشهر وعشر) ؛ لأنها مدة فراغ رحم الحرة المتوفى عنا زوجها وفي رواية عن محمد =

البردعي : فيجب أن يمنع من إيقاع الطلاق في الحيض ؛ لأنه يتعقبه ما لا يحتسب به ، [فلو قلنا أن الطهر لا يعتد به وقال البردعى صح في آخر الطهر] (٢) فالتزم بن سريج ذلك ، وقال : لا يجوز ، وهذا خلاف للإجماع ، فقال له : إن كان لا يجوز الطلاق في آخر الطهر ، لأنه يتعقبه زمان لا يكره إيقاع الطلاق فيه ، [فيجب أن يجوز إيقاع الطلاق في آخر الحيض ؛ لأنه يتعقبه زمان لا يكره إيقاع الطلاق] (٣) فيه . قال ابن سريج : الطهر ينقسم فيه إلى ما لم يبح الطلاق به ، وسببه ما يمنع ، وهو الطهر الذي جامعها فيه فجاز أن يباح فيه الطلاق تارة وينهى أخرى ، والحيض يكره فيه بكل حال ، فلم يجز أن يتخير في آخره ، فجاز تعقبه بزمان الإباحة .

٢٥٣٣٣ - قال له : ولا فرق بينهما ، لأن الحيض ينقسم إلى ما يباح فيه الفرقة تارة ويحظر بأخرى ، وهو الطلاق بعوض حال الشقاق ، والطلاق قبل الدخول .

٢٥٣٣٤ - قال أصحاب الشافعي : ما التزمه ابن سريح خطأ ، والطلاق في آخر الطهر مباح ، لأنه لاحد له ، فإذا طلقها في آخره يتحقق أنه يقع الطلاق زمان الحظر .

٢٥٣٣٥ - قلنا : نحن إنما نلتزم من طلق في وقت يتحقق أن الحيض يتعقبه ، وهو من قال لامرأته : أنت طالق في آخر قرء ، ومن آخر طهرك .

* * *

= بنصفها أي بشهرين وخمسة أيام . والفتوى عليه ؛ لأن هذه المدة متى صلحت للتعرف على شغل الرحم بالنكاح في الإماء فلأن يحصل للتعرف على شغل الرحم بملك اليمين ، وهو دونه أولى . انظر : مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر (٥٤٤/٢ ، ٥٤٥) .

(١) هو : ابن سريج شيخ الإسلام فقيه العراقين أبو العباس أحمد بن عمر بن سريج البغدادي القاضي الشافعي صاحب المصنفات ولد سنة بضع وأربعين ومائتين ولحق أصحاب سفيان بن عيينة ووكيع فسمع من الحسن بن محمد الزعفراني تلميذ الشافعي ، وعلى بن إشكاب وأحمد بن منصور الرمادي وغيرهم . وحدث عنه : أبو القاسم الطبراني ، وأبو الوليد حسان بن محمد الفقيه وأبو أحمد بن الغطريف الجرجاني وغيرهم . توفي سنة ٣٠٣هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (٢٤٥/١١ : ٢٤٨) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

مسألة ١٢٤٦

انقطاع دم الحيض في الحيضة الثالثة

٢٥٣٣٦ - قال أصحابنا : إذا انقطع الدم من الحيضة الثالثة لأقل من أكثر الحيض لم تنقض العدة حتى تغتسل ، ويوجد ما ينوب عن القدر (١) .

٢٥٣٣٧ - وقال الشافعي : لا أعرف بعد في كتاب اللّه ، ولا في سنة رسول اللّه ﷺ معنى يقف انقضاء العدة عليه ، وهذا مبني على أصلنا أن العدة تنقضي بانقضاء الحيضة الثالثة ، فإذا انقطع الدم جاز أن يقلدوها ، ولا تحل بانقضاء العدة حتى يوجد حكم ينافي الحيض ، والاغتسال ينافي حكم الحيض ، فانقضت العدة بوجوده (٢) .

٢٥٣٣٨ - وقد روى الشعبي عن بضعة عشر نفسًا من أصحاب رسول اللّه ﷺ ، منهم أبو بكر وعمر ، أن له عليها الرجعة ما لم تغتسل (٣) .

٢٥٣٣٩ - فأما الشافعي ، فعنده أن العدة تنقضي بالشروع في الحيضة الثالثة ، فلا معنى لاعتبار ما يستقر به انقطاعها (٤) .

* * *

(١) جاء في المبسوط : « وإذا طهرت من الحيضة الثالثة غير أنها لم تغتسل فالرجعة باقية له عليها ، وهذا إذا كانت أيامها دون العشرة فأما إذا كانت أيامها عشرة فقد تبقتا بخروجها من الحيض بنفس انقطاع الدم ، وإذا كانت أيامها دون العشرة لم يتبقن بذلك لجواز أن يعاودها الدم فيكون ذلك حيضًا إذا لم يجاوز العشرة » انظر : المبسوط (٢٣/٦) ، والبدائع (١٨٤/٣) .

(٢) روى المزني والربيع أنها إذا رأت الدم بعد الطهر الثالث انقضت العدة برؤية الدم ، وروى البويطي وحرملة أنها لا تنقضي لأن الظاهر أن ذلك حيض . والثاني لا تنقضي حتى يمضي يوم وليلة ، لجواز أن يكون دم فساد فلا يحكم بانقضاء العدة . انظر : المهذب (١٥٣/٢) ، الأم (٣٢٣/٨) كتاب العبد .

(٣) أخرجه ابن حزم في المحلى (٣٣/١٠) .

(٤) انظر : الأم (٢٢٦/٥) .

مسألة ١٢٤٧

موت الصبي عن امرأته الحامل

٢٥٣٤٠ - قال أبو حنيفة ومحمد : إذا مات الصبي عن امرأته وهي حامل ، فعدتها وضع الحمل استحسانًا (١) .

٢٥٣٤١ - وقال أبو يوسف والشافعي : عدتها الشهور (٢) .

٢٥٣٤٢ - لنا قوله تعالى : ﴿ وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ (٣) ، وهو عام .

٢٥٣٤٣ - فإن قيل : الآية خاصة في المطلقات ، لأنه قال في أول الآية : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾ (٤) ، والمعطوف على المشروط بمنزلة المشروط .

٢٥٣٤٤ - ألا ترى أنه إذا قال : إذا أحرمت بالحج فلا تحلق شعرك ولا تقلم ظفرك ولا تتطيب ولا تقتل الصيد ، ومن قتل الصيد ، فعليه الجزاء ، اقتضى أن يكون الجزاء على قاتل الصيد إذا كان محرمًا .

٢٥٣٤٥ - قالوا : وحكم امرأة الكبير لا نفهمه من هذه الآية ، وإنما فهم عن قصة سبيعة (٥) .

٢٥٣٤٦ - قلنا : هذه الآية تناولت المتوفى عنها بإجماع الصحابة .

٢٥٣٤٧ - قال علي بن أبي طالب : لا أدري أي الآيتين متقدمة (٦) ، فأوجب العدة بالشهور ووضع الحمل احتياطًا .

---

(١) جاء في المبسوط : وفي امرأة الصغير لا يستند العلوق إلى ما قبل الموت ، وإنما يستند إلى أقرب الأوقات ، لأن النسب لا يثبت منه ، وإذا لم يكن الحبل ظاهرًا وقت الموت وإنما ظهر بعد الموت يجعل هذا حبلًا حادثًا ، فأما إذا كانت حبلى عند موت الصبي فعدتها أن تضع حملها استحسانًا في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله . وعن أبي يوسف رحمه الله أن عدتها بالشهور وهو القياس وهو قول الشافعي . انظر : المبسوط (٥٢/٦) ، وفتح القدير (٣٢٤/٤) .

(٢) الأم (٢٣٦/٥) .

(٣) سورة الطلاق : الآية ٤ .

(٤) سورة الطلاق : الآية ١ .

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه (١٨٦٤/٤) برقم (٤٦٢٦) باب وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن ... ، وابن أبي شيبة في مصنفه (٥٥٤/٣) .

(٦) تفسير الطبري (١٤٣/٢٨) ، والقرطبي (١٧٥/٣) .

٢٥٣٤٨ - وقال ابن مسعود وابن عباس : قوله : ﴿ وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ ﴾ تأخرت حتى قال ابن مسعود : من شاء باهلته عند الحجر الأسود [1] أن آية النساء القصرى نزلت بعد الطولى فسقط ما قالوه باتفاقهم .

٢٥٣٤٩ - فأما قولهم : إن المعطوف على المشروط في حكم المشروط فهذا لا يصح إذا كان العطف جملة تامة كقولهم : قام زيد وقعد عمرو ، فتكون الجملة الثانية لها حكم نفسها . فأما إذا عطف على بعض الجملة فهو كما لو قال : قام زيد و قعد ، والعطف في مسألتنا جملة في نفسها فتعين في نفسها .

٢٥٣٥٠ - فإن قيل : هذا العموم مخصوص بالقياس .

٢٥٣٥١ - قلنا : إذا لم يتفق على تخصيص العموم لم يخص عندنا بخبر الواحد ، ولا بالقياس .

٢٥٣٥٢ - قالوا : فهو مخصوص بالحمل الحادث بعد الولادة ، والحمل من الزنا .

٢٥٣٥٣ - قلنا الآية تناولت من كانت حاملًا عند وجوب العدة ، فأما الحمل من الزنا فهو مسألة الخلاف ؛ لأن حبل امرأة الصبي إنما يكون من الزنا أو من شبهة ، والعدة تنقضي بوضعها [2] .

٢٥٣٥٤ - ولأن كل امرأة جاز أن تعتد من وفاة زوجها بالشهور ، جاز أن تعتد بوضع الحمل كامرأة الكبير . ولأن ما جاز أن تنقضي به عدة امرأة الكبير في الوفاة جاز أن تنقضي به امرأة عدة الصغير كالشهور .

٢٥٣٥٥ - ولأن الصغير إذا دخل بها ثم وقعت الفرقة بسبب من جهتها اعتدت بالحيض ، ومن جاز أن تعتد بالحيض جاز أن تعتد بوضع الحمل كامرأة الكبير ، لأن

---

(١) انظر : السنن الكبرى للبيهقي (٣/٣٩١) ، ومصنف عبد الرزاق (٦/١٠٦) برقم (١١٧١٥) .

(٢) وجه قوله أن هذا الحمل ليس منه بيقين بدليل أنه لا يثبت نسبه منه فكان من الزنا ، فلا تنقضي به العدة كالحمل من الزنا ، وكالحمل بعد موته . ولهما عموم قوله تعالى : ﴿ وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ وقوله : الحمل من الزنا لا تنقضي به العدة ، وهذا حمل من الزنا فيكون مخصوصا من العموم ، فنقول : الحمل من الزنا قد تنقضي به العدة على قياس قولهما . ألا ترى أنه إذا تزوج امرأة حاملًا من الزنا جاز نكاحها عندهما ، ولو تزوجها ثم طلقها فوضعت حملها تنقضي عدتها عندهما بوضع الحمل ، وإن كان الحمل من الزنا . ولأن وجوب العدة للعلم بحصول فراغ الرحم ، والولادة دليل فراغ الرحم بيقين ، والشهر لا يدل على الفراغ بيقين فكان إيجاب ما دل على الفراغ بيقين أولى ولا أثر للنسب في هذا الباب . انظر : بدائع الصنائع (٣/١٩٨) .

وضع الحمل والأقراء ، كل واحد منهما وضع للعلم ببراءة الرحم ، فإذا جاز أن تعتد امرأة الصغير بأحدهما ، جاز أن تعتد بالآخر .

٢٥٣٥٦ - فإن قيل : المعنى في امرأة الكبير أن الولد يمكن أن يكون منه ، وليس كذلك امرأة الصغير ، لأن الولد لا يجوز أن يكون منه بحال .

٢٥٣٥٧ - قلنا : انقضاء العدة يجوز أن يقع بما ليس من الزوج ، بدلالة الشهور والحيض ، ولأن العدة عبادة وجبت عليها ، والعبادات يعتبر فيها صفات المعتد دون صفات غيره .

٢٥٣٥٨ - احتجوا : بقوله تعالى ﴿ وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ﴾ (١) .

٢٥٣٥٩ - قلنا : قوله : ﴿ وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ ﴾ متأخرة عن هذه الآية ، فيقضى بها عليها .

٢٥٣٦٠ - فإن قيل : هذه آية عامة ، وآية ﴿ وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ ﴾ خاصة ، فيقضى بالخاص على العام .

٢٥٣٦١ - قلنا : من أصلنا أن العام يحمل على عمومه ولا يخص بالخاص على أن كل واحدة من الآيتين عامة من وجه خاصة من وجه ، وقوله : ﴿ وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ ﴾ خاصة في المتوفى عنها عامة في الحامل والحائل ، وقوله : ﴿ وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ ﴾ خاصة في المطلقة الحامل والمتوفى عنها .

٢٥٣٦٢ - قالوا : الولد لا يجوز أن يكون منه قطعًا ويقينًا فلم يعتد به منه قياسًا على لولد الحادث بعد الموت .

٢٥٣٦٣ - قلنا : انتفاء النسب لا يمنع من تعليق انتفاء العدة بالولد ، بدلالة ولد الملاعنة . ومن قال لامرأته ، إذا ولدت فأنت طالق ؛ فولدت ولدًا ، ثم ولدت آخر لأكثر من أربع سنين انقضت به العدة ، وإن كان النسب لا يثبت منه .

٢٥٣٦٤ - قالوا : « هاهنا لا نعلم انتفاء النسب قطعًا فيجوز أن يكون منه ، ولهذا لو اعترف به ثبت .

٢٥٣٦٥ - قلنا : الأحكام المتعلقة بالنسب الثابت يتعلق به ، وإذا لم ينتف كونه منه

---

(١) سورة البقرة : الآية ٢٣٤ .

٢٨١/ب إذا حكم الشرع يكون منه ، كذلك الأحكام / المتعلقة بانتفاء النسب إذا نفاه الشرع يجب أن يتعلق به ، فإن لم ينتف انتفى .

٢٥٣٦٦ - والمعنى في الأصل أن الحمل لم يحدث على فراش النكاح ، فلم تنقض به العدة ، وهذا الحمل صادف فراش النكاح ، فجاز أن تنقضي العدة .

٢٥٣٦٧ - قالوا : جاز أن يعترف الصغير بوضع الحمل الموجود ، والحادث كامرأة الكبير .

٢٥٣٦٨ - قلنا : هذا قياس عكس ، ولا يصح على أصلكم ، لأن امرأة الصغير إذا ظهر بها حمل بعد وفاته اعتدت بوضعه ، وإنما إذا حدث الحبل بعد موته لم تعتد به . ذكر ذلك محمد في الجامع الصغير على أن العدة إذا وجبت مع البينونة لم تعتد بما تجدد إلا أن ينتقل من أصل إلى بدل ، ومن بدل إلى أصل ، فإذا حدث الحمل لم تتعين العدة . فأما امرأة الكبير فحملها يثبت من زوجها ، فلا بد أن نحكم بوجوده عند الوفاة ، فيصير الظاهر وغير الظاهر سواء ، وهذا لا يوجد في امرأة الصغير .

٢٥٣٦٩ - قالوا : الحمل من الزنا لا يجوز أن يمنع النكاح أن يتقدر بالشهور ، وبوضع الحمل كل واحد منهما لا يمنع النكاح . على أنا لا نعلم أن هذا الحمل من الزنا ، لجواز أن يكون من وطء بشبهة ، والحمل من الشبهة له تأثير في المنع من النكاح .

* * *

مسألة ١٣٤٨

سكنى المتوفى عنها زوجها

٢٥٣٧٠ - قال أصحابنا : المتوفى عنها زوجها لا سكنى لها [١] .

٢٥٣٧١ - وقال الشافعي : في أحد قوليه : لها السكنى [٢] .

٢٥٣٧٢ - لنا قوله تعالى : ﴿ مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍۗ ﴾ [٣] ، فجعل ما فضل من الدين والوصية للورثة ، ولم يوجد فيه حق لأحد .

٢٥٣٧٣ - وروى أبو الزبير عن جابر وعطاء عن ابن عباس أن المتوفى عنها زوجها تعتد حيث شاءت [٤] ، وهذا يمنع وجوب السكنى على الورثة ، ولأنها لا تستحق النفقة ، فلم تستحق السكنى كالناشزة .

٢٥٣٧٤ - ولا يلزم المختلعة على نفقتها ، لأنها تستحق النفقة ، وسقطت بعد استحقاقها ، ولأنه لا يخلو إما أن يجب سكناها على الميت أو على الورثة ، ولا يجوز إيجابها على الميت ، لأن الموت ينافي وجوب الحقوق المبتدأة ، ولا يجوز إيجابها على الورثة ، لأنهم أجانب عنها .

٢٥٣٧٥ - ولأن عدة الوفاة عبادة تجب عليها ، لاحق للزوج فيها ، بدليل أنها تجب مع العلم ببراءة الرحم ، ولا يجب على الزوج الإنفاق في أدائها كسائر العبادات ، ولأنها غير مسلمة نفسها في منزل زوجها كالناشزة .

٢٥٣٧٦ - احتجوا بقوله تعالى : ﴿ أَسۡكِنُوهُنَّ مِنۡ حَيۡثُ سَكَنتُم ﴾ [٥] .

---

(١) جاء في المبسوط : المعتدة في عدة الوفاة أجر المنزل عليها لأنها لا تستوجب على زوجها السكنى ، كما لا تستوجب النفقة . فإن مكنها أهل المنزل من المقام بكراء وهي تقدر على ذلك فعليها أن تسكن ، وإن كانت لا تجد ذلك فهي في سعة من التحول ؛ لأن سكناها في ذلك المنزل حق الشرع . انظر : المبسوط للسرخسي (٣٤/٦) ، البدائع (٢١٢/٣) .

(٢) يقول الإمام الشيرازي « وإن مات الزوج وهي في العدة قدمت على الورثة في السكنى لأنها استحقتها في حال الحياة فلم تسقط بالموت . وإن توفى عنها زوجها . قلنا إنها تستحق السكنى : فإن كانت في مسكن الزوج لزمها أن تعتد فيه » . انظر : المهذب (١٥٧/٢) ، مغني المحتاج (١٠٦/٥) .

(٣) سورة النساء : الآية ١١ .

(٤) الحديث في المحلى (٧٧/١٠) .

(٥) سورة الطلاق : الآية ٦ .

٢٥٣٧٧ - الجواب : أن هذا خطاب للأزواج ، وعندهم الإسكان على الورثة .

٢٥٣٧٨ - احتجوا بقوله : ﴿ مَّتَـٰعًا إِلَى ٱلْحَوْلِ غَيْرَ إِخْرَاجٍ ﴾ [(١)] .

٢٥٣٧٩ - والجواب أنه منسوخ بقوله : ﴿ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ﴾ [(٢)] ، ولأنه حث في هذه الآية على الوصية كما حث على الوصية للوالدين ، ونسخ جميع ذلك بآية المواريث .

٢٥٣٨٠ - قالوا : روي أن رسول اللّه ﷺ قال : « للمتوفى عنها زوجها ، لا حتى يبلغ الكتاب أجله » [(٣)] : نهاها عن الخروج .

٢٥٣٨١ - قلنا : يجوز أن يكون ورثت بعض البيت ، أو أذن لها الورثة في المقام .

٢٥٣٨٢ - وقد روي أنها قالت : لم يترك منزلًا ؛ فأمرها النبي ﷺ بالمقام في المنزل ، والخلاف في وجوب السكنى على الورثة .

٢٥٣٨٣ - قالوا : معتدة ؛ فأشبهت المطلقة .

٢٥٣٨٤ - قلنا : تلك يجوز أن تستحق النفقة فجاز أن تستحق السكنى .

* * *

---

(١) سورة البقرة : الآية ٢٤٠ .   (٢) سورة البقرة : الآية ٢٣٤ .

(٣) أخرجه الإمام أحمد في مسنده (٦/٣٧٠) برقم (٢٧١٣٢) ، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٧/٤٣٤) ، أبو داود (٢/٢٩١) برقم (٢٣٠٠) باب في المتوفى عنها تنتقل .

مسألة ١٢٤٩

تأخر حيض الطلقة

٢٥٣٨٥ - قال أصحابنا : إذا تأخر حيض المطلقة لعارض أو غير عارض بقيت في العدة ، إلى أن تبلغ حد الإياس (١) .

٢٥٣٨٦ - وهو قول الشافعي : في الجديد (٢) ، وبه قال ابن مسعود (٣) . وقال في قوله القديم : إن تأخر لعارض من مرض أو رضاع أو نفاس فكذلك ، وإن تأخر بغير عارض انتظرت إلى أن تعلم براءة رحمها ، ثم اعتدت بالشهور ، وهو قول عمر (٤) .

٢٥٣٨٧ - لنا قوله تعالى : ﴿ وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ ﴾ (٥) ، ولم يفصل ، ولأنها بالغة يُريد منها الحيض كالتى تأخر حيضها لعارض ولأن العارض عذر وكل عذر ينسل من الأصول إلى الأبدال وحتى عدم العارض فلم يوجد العذر ، فأولى أن لا ينقل .

٢٥٣٨٨ - قالوا : في انتظار الحيض إضرار بالزوج ؛ لأنا نوجب عليه سكناها وإضرارها ، لأنها تبقى لا خالية ولا ذات بعل .

٢٥٣٨٩ - قلنا : يبطل بفداء الأسير ، وبالحيض إذا تأخر بعذر .

٢٥٣٩٠ - قالوا : المقصود بالعدة براءة الرحم ، قد علمنا براءة رحمها .

٢٥٣٩١ - قلنا : يبطل إذ قال لها : إذا ولدت ، فأنت طالق فولدت ، فإن عليها العدة مع علمنا براءة رحمها .

٢٥٣٩٢ - ولأنه يوجب العدة بالشهور بعد العلم ببراءة رحمها ، فبطل قولهم : امرأة المؤلى تقع الفرقة بعد المدة حتى يرتفع الضرر عنها .

٢٥٣٩٣ - قلنا : هناك قصد الإضرار بها ، فعوقب ، وهاهنا ثبت الضرر من طريق الحكم .

* * *

---

(١) انظر : رد المحتار (٥١١/٣ ، ٥١٢) .

(٢) انظر : الأم (٧٩/٤) ، ونهاية المحتاج (١٣٣/٧ ، ١٣٤) .

(٣ ، ٤) أخرجه ابن حزم في المحلى (٣٢٠/٩ - ٣٢٣) .

(٥) سورة البقرة : الآية ٢٢٨ .

إقرار المعتدة بانقضاء العدة

٢٥٣٩٤ - قال أصحابنا : إذا أقرت المعتدة بانقضاء عدتها ، ثم جاءت بولد لستة أشهر فصاعدًا ، لم يثبت نسبه من الزوج [1] .

٢٥٣٩٥ - وقال الشافعي : يثبت نسبه إلا أن تكون تزوجت ، فثبت من الثاني ، أو ما يأتي به لأكثر من أربع سنين [2] .

٢٥٣٩٦ - قلنا : إنها أتت بولد لمدة حمل أم بعد اعترافها بانقضاء عدتها ، ولم يتعين كذبها ، فلم يثبت نسبه من الزوج المطلق . أصله إذا تزوجت ، ولا يلزم إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر ؛ لأنا تبينا كذبها ، والآيسة لا تحبل ، ولأنها تصدق فيما تخبر به من انقضاء عدتها ، والأمين يحمل قوله على الصحة ما لم يتبين كذبه كالوصي [3] .

٢٥٣٩٧ - ولأن الاعتراف بانقضاء العدة معنى صح من جهتها ، فوجب أن لا يحمل على الفساد متى أمكن حمله على الصحة كعقد النكاح .

٢٥٣٩٨ - ولأن كل مدة لا يثبت فيها نسب الولد من المطلق ، فإنه لا فرق بين أن تكون تزوجت أو لم تتزوج ، كما لو أتت به لأكثر من أربع سنين ، وكل مدة ثبت النسب فيها فإنه لا يختلف أن يكون تزوجت أو لم تتزوج ، كما لو أتت به لأقل من ستة أشهر .

٢٥٣٩٩ - فلما اتفقنا على أن في مسألتنا إذا كانت تزوجت أن النسب لا يثبت ، علمنا أنه لا يثبت قبل التزويج . ولو أن كل ولد أتت به بعد التزويج لم يثبت نسبه من الزوج الأول إذا أتت به قبل التزويج لم يثبت نسبه منه أيضًا . أصله إذا أتت به لأكثر من

---

(١) جاء في كتاب المبسوط للسرخسي : وإذا أقرت المطلقة بانقضاء عدتها بالحيض في مدة يحيض فيه مثلها ثلاث حيض ، ثم جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر من وقت إقرارها لم يثبت النسب عندنا . وعند الشافعي رحمه الله يثبت النسب منه ما لم تتزوج . انظر : المبسوط (٦/٥٠) .

(٢) يقول الإمام الشافعي رحمه الله : فإن ولدت المرأة التي قال زوجها لم أدخل بها إلى أربع سنين لستة أشهر فأكثر من يوم عقد عقدة النكاح لزم الزوج الولد إلا بأن يلتعن .. فإن لم يلتعن حتى مات أو عرض عليه اللعان وقد أقر به أو نفاه أو لم يقر ولم ينفه لحق نسبه بأبيه وعليه المهر تامًا إذا ألزمناه الولد ، وحكمنا عليه بأنه مصيب لها . انظر : الأم (٥/١٩٧) .

(٣) قاعدة : « الأمين يحمل قوله على الصحة ما لم يتبين كذبه كالوصي » .

أربع سنين .

٢٥٤٠٠ - احتجوا : بقوله ﷺ : « الولد للفراش » [١] .

والجواب : أن الفراش عندنا هو الزوج ، وليس بزوج ، وعلى قولهم هو صاحب الاستفراش ، وهذا المعنى قد عدم بالبينونة ، فلا يتناوله الخبر [٢] .

٢٥٤٠١ - قالوا : أتت بولد لمدة حمل يجوز أن يكون منه ، ولم يحدث هناك ما هو أولى منه ، فوجب أن يثبت النسب منه . أصله إذا جاءت بولد لأقل من ستة أشهر [٣] .

٢٥٤٠٢ - قلنا : قولكم ولم يحدث هناك ما هو أولى منه لا يؤثر في الأصل ، لأنها إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر فقد تيقنا كذبه ، وإذا جاءت به لأكثر ، فلم نتيقن ، والأمين يقبل قوله ما لم يتبين كذبه ، والمعنى في الأصل أنها إذا تزوجت ثبت النسب من الأول ، كذلك إذا لم تتزوج .

٢٥٤٠٣ - وفي مسألتنا لو تزوجت لم يثبت من الأول ، كذلك إذا لم تتزوج كما لو جاءت به لأكثر من أربع سنين .

٢٥٤٠٤ - قالوا : إقرارها يتضمن حقها من السكنى ، وإسقاط حق الولد ، فقيل قولها في إسقاط حق نفسها ، ولا يقبل في إسقاط نسب الولد .

٢٥٤٠٥ - قلنا : لو علمنا بكون الولد في بطنها يوم إقرارها لم يقبل إقرارها في إسقاط نسبه ، ولهذا إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر ثبت نسبة ، فأما في مسألتنا فيجوز أن يكون حدث بعد الإقرار ، وإذا لم يعلم وجوده عند إقرارها لم يسقط نسبه بقولنا ، وإنما أثر قولها في إسقاط العدة .

٢٥٤٠٦ - قالوا : نفيه النسب في هذه المسألة مع إمكان أن يكون منه ، واسم

---

(١) متفق عليه ، أخرجه البخاري (٧٢٤/٢) برقم (١٤٥٧) باب تفسير المشبهات ، مسلم (١٠٨٠/٢) برقم (١٤٥٧) باب الولد للفراش وتوقي الشبهات .

(٢) الأصل في الفراش هو النكاح الصحيح ، فكان دعوى نسب الولد إقرارا منه أنه من النكاح الصحيح فإذا صدقها يثبت النكاح ظاهرا فترثه ؛ لأن العمل بالظاهر واجب . فأما إذا لم تكن معروفة بذلك وأنكر الورثة كونها حرة أو أما له فلا ميراث لها ؛ لأن الأمر يبقى محتملا فلا ترث بالشك والاحتمال انظر : بدائع الصنائع (٢١٩/٣) .

(٣) (قال الشافعي) رحمه الله تعالى : وإذا طلق الرجل المرأة فأقرت بانقضاء العدة ونكحت فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر من يوم نكحها وأقل من أربع سنين من يوم طلقت فهو للأول وإن جاءت به لأقل من ستة أشهر من يوم نكحها وأكثر من أربع سنين من يوم طلقها الأول فليس للأول ولا للآخر . انظر : الأم (٢٥٠/٥) .

النسب في المشرقية والمغربية مع عدم الإمكان ، وهذه مناقضة .

٢٥٤٠٧ – قلنا : المناقضة إنما تكون على علة ، وعلتنا في المسألتين غير متناقضة ، لأنها تعتبر الفراش في تلك المسألة ملك الفراش ، فثبت الولد للمولود عليه ، ولما لم يثبت الفراش في مسألتنا لم يثبت النسب لفقده . وإنما ناقض الشافعي ، لأن الأمة تصير فراشًا بالوطء في مال المولى ، ولأن مولى الأمة لو قال استبرأتها ، ثم جاءت بولد لتمام ستة أشهر لم يثبت نسبه منه . هذا هو القول المنصوص عليه / وأثبت النسب في مسألتنا للإمكان ، وهذه مناقضة ، بل الاستبراء ثبت بحيضة واحدة ، والعدة ثلاثة أقراء ، وهي أقوى في براءة الرحم ، فكانت بنفي النسب أولى .

أ

٢٥٤٠٨ – قالوا : ثبوت النسب بالنكاح أقوى ، لأنه ثبت بإمكان الوطء ، وفي الأمة لا يثبت إلا بالوطء .

٢٥٤٠٩ – قلنا ، إذا وجد الوطء تساويا فيما بينهما ، فنفوا النسب في أحد الموضعين ، وأثبتوه في الآخر .

* * *

مسألة ١٢٥١

طلاق الرجل المرأة بعد الخلوة

٢٥٤١٠ – قال أصحابنا : إذا طلق الرجل امرأته بعد الخلوة فعليها العدة (١) .

٢٥٤١١ – وقال الشافعي [ﷺ] : لا عدة عليها (٢) .

٢٥٤١٢ – لنا قوله تعالى : ﴿ وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ ﴾ (٣) ، ولم يفصل ؛ ولأنه عقد يقصد به التناكح ، والتمكن من الاستيفاء يجري مجرى الاستيفاء في الأحكام المتعلقة بالعقد . أصله عقد الإيجارة .

٢٥٤١٣ – فإن قيل : فيجب أن تثبت الرجعة ، ويستوي المانع الشرعي وغيره ، كما يستويان في الاستيفاء في الأحكام المتعلقة بالعقد .

٢٥٤١٤ – قلنا : الرجعة لا تثبت ؛ لأنها من حقوقه ، وقد أسقطها بإنكار الوطء . وأما المانع الشرعي فلا يمنع العدة ، لأن خلوة الصائم والمحرم تجب بها العدة .

٢٥٤١٥ – ولأن الفرقة على ضربين فرقة في حال الحياة وفرقة بالوفاة ، فإذا كانت فرقة الوفاة . توجب العدة قبل الدخول و اشتغال الرحم بمائه ، فلأن تجب العدة بالخلوة أولى .

---

(١) جاء في بدائع الصنائع : وأما ما يجري مجرى الدخول وهو الخلوة الصحيحة في النكاح الصحيح دون الفاسد ، فلا يجب بدون الدخول والخلوة الصحيحة لقوله تعالى ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نَكَحْتُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ﴾ الآية . ولأن وجوبها بطريق استبراء الرحم على ما بينا والحاجة إلى الاستبراء بعد الدخول لا قبله ، إلا أن الخلوة الصحيحة في النكاح الصحيح أقيمت مقام الدخول في وجوب العدة التي فيها حق الله تعالى لأن حق الله تعالى يحتاط في إيجابه . انظر : بدائع الصنائع للكاساني (٢٧٨/٣ ، ٢٧٩) .

(٢) قال الشافعي : قال الله تبارك و تعالى ﴿ إِذَا نَكَحْتُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا ﴾ قال الشافعي ﷺ فكان ينافي حكم الله ﷻ أن لا عدة على المطلقة قبل أن تمس وأن المسيسي هو الإصابة ولم أعلم في هذا خلافًا ، ثم اختلف بعض المفتين في المرأة يخلو بها زوجها فيغلق بابًا ويرخى سترًا وهي غير مُحْرِمةٍ ولا صائمة فقال ابن عباس وشريح وغيرهما لا عدة عليها إلا بالإصابة نفسها ، لأن الله ﷻ هكذا قال . وأخبرنا مسلم عن ابن جروح عن ليث عن طاووس عن ابن عباس ﷺ أنه قال في الرجل يتزوج المرأة فيخلو بها ولا يمسها ثم يطلقها ليس لها إلا نصف الصداق لأن الله ﷻ يقول ﴿ وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ﴾ وبهذا أقول ، وهو ظاهر كتاب الله ﷻ . انظر : الأم (١٩٧/٥) ، مغني المحتاج (٨٠/٥) .

(٣) سورة البقرة : الآية ٢٢٨ .

٢٥٤١٦ - ولأنه قد اشتهر من أصولنا أن الخلوة يجب معها كمال المهر ، وكل معنى أوجب كمال المهر أوجب العدة كالوفاة .

٢٥٤١٧ - ولأنها لو حملت فسبق الماء وجب العدة عليها ، وإن لم تحبل كالمدخول بها والمتوفى عنها زوجها .

٢٥٤١٨ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نَكَحْتُمُ ٱلْمُؤْمِنَـٰتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا ﴾ [1] ، فلما أخبر أنه لا عدة للزوج بالطلاق قبل المسيس ، وهذا طلاق قبل المسيس ، فلا عدة .

٢٥٤١٩ - قلنا : وكذلك نقول أن العدة لا تجب لحق الزوج ، لأنه أسقط حقه من العدة حين قال : لم أدخل بها .

وإنما تجب العدة لحق الله تعالى ، ولأن المس اسم للقرب ، فالله تعالى قال : ﴿ لَا مِسَاسَ ﴾ ، أي لا قرب ، ويقال بينهما رحم ماسة ، أي قريبة ، والقرب يوجد بالحلف ، ولأن حقيقة المس عند مخالفنا المس باليد ، وذلك في العادة لا يكون إلا في الخلوة بالكناية عنها .

٢٥٤٢٠ - قالوا : روي أنه ﷺ : « تزوج امرأة ، فلما خلا بها وجد بلحمها بياضًا ، فردها إلى أهلها وقال : « دلستم » [2] ، ولم ينقل أنه أمرها بالاعتداد .

٢٥٤٢١ - قلنا : يجوز أن يكون خلا بها خلوة فاسدة ، فلم تجب عليها عدة ، لأنه ﷺ غير متهم ، وإنما تجب العدة مع الخلوة الفاسدة لتمتع الزوجين .

٢٥٤٢٢ - قالوا : فرقة من نكاح في حال الحياة قبل وجود الوطء فيه ، واشتغال رحمها بمائه ، فلم تجر له عليها عدة . أصله إذا طلقها قبل الخلوة .

٢٥٤٢٣ - قلنا : يبطل بالوفاة . والمعنى في الأصل أن الطلاق حصل قبل التمكن والاستيفاء . وفي مسألتنا وجدت الفرقة بعد التمكن ، فصارت كوجود الاستيفاء .

٢٥٤٢٤ - قالوا : ومن وجب عليها بوطئه العدة لم تجب عليها بخلوته ، كالتى نكحها نكاحًا فاسدًا .

٢٥٤٢٥ - قلنا : الخلوة في النكاح الفاسد لا يستوفى بها موجب العقد ، فلم يتعلق

---

(١) سورة الأحزاب : الآية ٤٩ .

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٢١٣/٧) .

بها حكم ، وفي النكاح الصحيح يستوفى بها حكم العقد من التمكن ، فيتعلق بها أحكام العقد (١) .

٢٥٤٢٦ - قالوا : الخلوة معنى إذا وجد في النكاح الفاسد لا يوجب العدة ، فإذا وجد في الصحيح وجب أن لا توجب العدة كاللمس باليد .

٢٥٤٢٧ - قلنا : يبطل بالوفاة . قالوا : الوفاة لا توجد في النكاح ، أو الفرقة في النكاح لا توجد فيه .

٢٥٤٢٨ - قلنا : الدخول لا يوجب العدة ، وإنما الموجب لها الفرقة إذا تقدمها الدخول أو الخلوة والفرقة ، ولأن المس باليد ليس هو من مقاصد النكاح ، بدلالة أن القاضي لا يجبرها عليه ، والتمكين من نفسها مقصود ، بدليل أن القاضي يجبرها عليه ، فحل محل الوطء .

٢٥٤٢٩ - قالوا : لا رجعة له عليها من غير عوض ، والاستيفاء عدد ، ولو كانت معتدة لثبت له الرجعة .

٢٥٤٣٠ - قلنا : هذه العدة لا تثبت لحق الزوج ، والرجعة لا تثبت متى كانت العدة لحقه ، بدلالة أنه لو قال : أخبرتني أن عدتها انقضت ، وهي تنكر ، والعدة ثابتة لحق الله تعالى ولحقها فلا رجعة له ، لأنها غير ثابتة في حقه .

* * *

(١) الخلوة في النكاح الفاسد لا توجب المهر والعدة فهنا كذلك العدة الأولى لم تسقط بمجرد العقد الفاسد . انظر : المبسوط (٢٩/٥) .

مسألة ١٢٥٢

مقدار عدة الأمة

٢٥٤٣١ - قال أصحابنا : عدة الأمة بالشهور . شهر ونصف [١] .

٢٥٤٣٢ - وللشافعي : ثلاثة أقوال ، أحدها مثل قولنا ، والآخر : عدتها ثلاثة أشهر ، والثالث : أن عدتها شهران [٢] .

٢٥٤٣٣ - لنا : ما روي عن عمر أنه قال : عدة الأمة بالشهور نصف عدة الحرة [٣] . ولو أسقطت لجعلت عدتها شهرًا ونصف ، ولأنها عدة تنتقص ، فكان للرق تأثير في نقصانها ، كالعدة بالحيض .

٢٥٤٣٤ - ولأنه حق من حقوق النكاح مقدر ، فكان للرق تأثير في نقصانها كالقسم .

٢٥٤٣٥ - احتجوا : بما روي أن الولد يبقى في الرحم أربعين يومًا نطفة ، وأربعين علقة ، وأربعين مضغة ، ثم ينفخ فيه الروح [٤] ، ولا يتبين الحمل بأقل من ذلك .

٢٥٤٣٦ - والجواب : أن على هذا يجب أن تكون العدة أربعة أشهر ، وهذا لا يقوله أحد ، ولأن الروح إذا كانت تنفخ فيه في الشهر الخامس فإنه يتبين قبل ذلك ، فلهذا نعلم براءة الرحم بأقل منه .

---

(١) جاء في بدائع الصنائع : دلنا الحديث المشهور ، وهو ما روي عن عبد الله بن عمر بن الخطاب ﷺ عن رسول الله ﷺ أنه قال : « طلاق الأمة ثنتان وعدتها حيضتان » وقال عمر ﷺ : عدتها حيضتان ولو استطعت لجعلتها حيضة ونصفًا . وأما عدة الأشهر : فإن كانت أمة فشهر ونصف ، لأن حكم البدل حكم الأصل ، وقد ينصف عندنا خلافًا للشافعي . انظر : بدائع الصنائع (٢٨٤/٣ ، ٢٨٥) المبسوط (١٦/٦ ، ١٧) .

(٢) جاء في الأم قول الشافعي : فلم أعلم مخالفًا ممن حفظت عنه من أهل العلم أن عدة الأمة نصف عدة الحرة إن كانت بالشهور ، فأما الحيض فلا يعرف له نصف فتكون عدتها فيه أقرب الأشياء إلى النصف وذلك حيضتان . انظر : الأم (١٩٨/٥ ، ١٩٩) ، مغني المحتاج (٨٣/٥) .

(٣) انظر : الحجة لمحمد بن الحسن الشيباني (٢٥٦/٣) عالم الكتب بيروت ، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٦٣/٣) وعبارته : « لو استطعت أن أجعلها حيضة ونصف لفعلت ، والسنن الكبرى للبيهقي (٤٢٦/٧) .

(٤) البخاري (١١٧٤/٣) برقم (٣٣٦) باب ذكر الملائكة كتاب بدء الخلق ، مسلم (٢٠٣٦/٤) برقم (٢٦٤٣) كتاب القدر باب كيفية الخلق الآدمي في بطن أمه .

فأما الكلام على القول الآخر فقد دل عليه حديث عمر ؛ ولأن الشرع أقر تبعيض ما يقبل التبعيض منها على النصف كالحد ومدة القسم ، وهم يقولون إن عدتها حيضتان ، وكل شهر يأتي مقام حيضة .

٢٥٤٣٧ - قلنا : لا نسلم ذلك ، بل عدتها حيضة ونصف ، والحيضة لا تتبعض ، فلما وجب بعضها وجب باقيها ، والشهر يتبعض ، فلم تجب بقيته بوجوب حرمته .

* * *

مسألة ١٢٥٣

عتق الأمة في حال العدة

٢٥٤٣٨ - قال أصحابنا : إذا أعتقت الأمة في حال العدة [١] ، فإن كان الطلاق رجعيًا انتقلت عدتها ، وإن كان بائنًا لم تنتقل .

٢٥٤٣٩ - وللشافعي قولان : أحدها أن عدة الرجعية لا تنتقل ، وكذلك في البائن قولان ، أما المطلقة الرجعية ، فهي زوجة ، فإذا لزمها الاعتداد مع الحرية كانت عدة الحرائر كما لو طلقها بعد العتق .

٢٥٤٤٠ - ولأن الحرية سبب لتعيين العدة ، كما لو توفي فإن الوفاة سبب لذلك ، وهو أصله .

ولأن النكاح بينهما قائم . بدلالة التوارث وصحة الإيلاء والظهار والحرية مع قيام النكاح فيثبت كمال العدة . أصله إذا أعتقت ثم طلقها [٢] .

٢٥٤٤١ - احتجوا : بأنها مطلقة كالمبتوتة .

٢٥٤٤٢ - والجواب أن المبتوتة لا تنتقل عدتها بالوفاة ، فلم تنتقل بالعتق ، وهذه تنتقل بالوفاة ، فانتقلت بالعتق .

٢٥٤٤٣ - قالوا : معنى يختلف بالرق والحرية ؛ فكان المعتبر بحال الوجوب دون حال المال كالحد .

٢٥٤٤٤ - قلنا : الحد يسقط بالشبهة ؛ فإذا وجب على وجه لم يرد بتعيين حال المحدود ، والعدة تثبت مع الشبهة ، فإذا طرأ المعنى الموجب للكمال كملت ، ولأن الحد وجب لمعصية ؛ فقد عصت ، فلم يجز إكماله مع عدم الموجب له ، والعدة تجب بالنكاح ، وهو معنى قائم ، فإذا كان الموجب لها بحالة ، جاز أن يكمل طروء المعنى

---

(١) يقول الإمام السرخسي : وإذا اطلقت الأمة تطليقة رجعية ثم أعتقت صارت عدتها عدة الحرة ، وإن كان الطلاق بائنا لم تنتقل عدتها من عدة الإماء إلى عدة الحرائر . وعند مالك لا تنتقل عدتها إلى عدة الحرائر في الوجهين جميعًا ، وهو أحد قولي الشافعي . وقال في القول الآخر : تنتقل عدتها في الوجهين . انظر : المبسوط (٦/٣٧ ، ٣٨) .

(٢) جاء في الأم : وإذا طلق الحر أو العبد الأمة طلاقا يملك فيه الرجعة فعدتها عدة الأمة ، وإذا مضت عدتها ثم عتقت لم تعد للعدة ولم ترد إلى عدتها الأولى . وإذا عتقت قبل مضى العدة بساعة أو أقل أكملت عدة حرة ، لأن العتق وقع وهي في معنى الأحرار في عامة أمرها . انظر : الأم (٥/١٩٩) ، نهاية المحتاج (٧/١٣٢) .

الموجب للكمال . فأما المبتوتة ، فلا يتعين عدتها ، لأنها أعتقت بعد البينونة ، فلم يؤثر العتق في عدتها . أصله المطلقة الرجعية إذا انقضت عدتها ، ثم أعتقت .

ولأن العتق ثبت لتعيين عدة ليست ببدل ولا مبدل ، فإذا وجد بعد البينونة لم تتعين العدة كالوفاة .

ولا يلزم المعتدة بالشهور إذا رأت الدم ، ولا المعتدة بالحيض إذا ثبت ، لأن العدة بالشهور بدل عن الحيض [1] .

٢٥٤٤٥ - ونحن قلنا : سبب لتعيين عدة ليست ببدل ولا مبدل .

ولا يلزم المبتوتة في المرض إذا ورثت ، لأن عدتها لم تتعين عندنا ، وإن ضممنا إليها عدة أخرى .

٢٥٤٤٦ - فإن قيل : فكذلك هاهنا ، تكمل العدة .

فإما : إن تكونوا ضممتم إليها عدة فلا ، لأن العدة لا تكون حيضة واحدة في النكاح .

٢٥٤٤٧ - قالوا : سبب عدة الوفاة لا يوجد في الثاني ، وهو وفاة الزوج ، وسبب كمال العدة الحرية ، وهو موجود .

٢٥٤٤٨ - قلنا : سبب كمال العدة الحرية مع قيام النكاح ، فأما مع زواله فلا ، [بدلالة العتق بعد انقضاء العدة] [2] .

٢٥٤٤٩ - ولأن كل حالة لا تتعين عدتها بالوفاة لا تتعين بالحرية . أصله بعد انقضاء العدة ، وعكسه المطلقة الرجعية .

٢٥٤٥٠ - ولأنه لا يلحقها ظهار ولا إيلاء ، ولا يتعين حالها في العدة بالعتق . أصله المبعضة العدة / .

٢٥٤٥١ - احتجوا : بأنها معتدة ، فوجب أن تتعين عدتها بالحرية كالمطلقة الرجعية .

---

(١) إن كانت آيسة فاعتدت بالشهور ثم رأت الدم انتقض ما مضي من عدتها ، وعليها أن تستأنف العدة بالحيض . ومعناه إذا رأت الدم على العادة ؛ لأن عودها يبطل الإياس وهو الصحيح ، فظهر أنه لم يكن خلفا . وهذا لأن شرط الخلفية تحقق اليأس وذلك باستدامة العجز إلى الممات ، كالفدية في حق الشيخ الفاني . انظر : العناية شرح الهداية (٢١٦/٤) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب ص واستدركه المصنف في الهامش .

٢٥٤٥٢ - والجواب : أن المطلقة الرجعية زوجة [1] ، وأحكام الزوجية قائمة ، فكل شيء يطرأ عليها يغير عدتها بدلالة الوفاة . والمبتوتة أحكام الزوجية عندها زائلة ، فإذا حدث ما يوجب تغير العدة ، وليس ببدل ولا مبدل كما لو حدثت الوفاة لم تنتقل .

٢٥٤٥٣ - قالوا : حرة في حال عدتها كما لو أعتقت قبل الفرقة .

٢٥٤٥٤ - قلنا : هناك حصلت مع قيام النكاح ، فلما وجبت العدة كانت عدة الحرائر ، وهاهنا الحرية حدثت بعد زوال النكاح فصار كما لو حدثت بعد انقضاء العدة .

٢٥٤٥٥ - قالوا : سبب لتعيين العدة كالصغيرة إذا بلغت ، والكبيرة إذا يئست .

٢٥٤٥٦ - قلنا : يبطل بعدة الوفاة ، ولأن الصغيرة لا عدة عليها عندنا ، وإنما يلزمها العدة بالبلوغ ، وإذا تبدل بالعدة في تلك الحال ، وبقيت من ذوات الأقراء كانت عدتها الحيض ، فأما أن تكون عدتها بعرف فلا ، وأما الكبيرة إذا يئست ، فلو لم تتعين العدة لأكملنا المبدل ، وأحدهما يجوز إكماله بالآخر فلذلك استأنفت العدة بالشهور ،

وفي مسألتنا ثبت التعيين بما لا يوجب الجمع بين البدل والمبدل ، فلم تعين عدة المبتوتة بالوفاة .

* * *

(١) جاء في البحر الرائق : « أنه لا فرق أن تكون العدة عن طلاق رجعي أو بائن . ولا خلاف في المنع في الأول ؛ لأن المطلقة رجعيًا زوجة . انظر : البحر الرائق شرح كنز الدقائق (١١٣/٣) .

إذا أبان الرجل زوجته بعدما دخل بها

٢٥٤٥٧ - قال أبو حنيفة وأبو يوسف : إذا أبان الرجل زوجته بعدما دخل بها ، ثم تزوجها في العدة ، ثم طلقها قبل الدخول ، فلها كمال المهر ، وعليها عدة مستقبلة [١] .

٢٥٤٥٨ - وقال محمد : يجب عليه نصف المهر ، وتمام العدة الأولى ، وبه قال الشافعي [٢] .

٢٥٤٥٩ - لنا قوله تعالى : ﴿ وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ ﴾ [٣] ، ولم يفصل ، ولأنها معتدة عقيب الطلاق في نكاح تام فوجب أن يلزمها كمال العدة ، كما لو دخل بها ، ثم طلقها .

٢٥٤٦٠ - ولا يلزم المطلقة الرجعية ، لأنا قلنا في نكاح تام ، وهذا نكاح ناقص .

٢٥٤٦١ - ولأن دخول المدخول بها ثابت بهذا العقد ، ولهذا ثبت نسب الولد لأقل

---

(١) إذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا ثم تزوجها في عدتها وطلقها قبل الدخول بها فعليه مهر كامل وعليها عدة مستقبلة ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد : عليه نصف المهر وعليها إتمام العدة الأولى ، لأن هذا طلاق قبل المسيس فلا يوجب كمال المهر ولا استئناف العدة ، وإكمال العدة الأولى إنما يجب بالطلاق الأول ، إلا أنه لم يظهر حال التزوج الثاني ، فإذا ارتفع بالطلاق الثاني ظهر حكمه ، كما لو اشترى أم ولده ثم أعتقها . ولهما أنها مقبوضة في يده حقيقة بالوطأة الأولى وبقي أثره وهو العدة ، فإذا جدد النكاح وهي مقبوضة ناب ذلك القبض عن القبض المستحق في هذا النكاح ، كالغاصب يشتري المغصوب الذي في يده فيصير قابضا بمجرد العقد ، فوضح بهذا أنه طلاق بعد الدخول . وقال زفر : لا عدة عليها أصلا ؛ لأن الأولى قد سقطت بالتزوج فلا تعود ، والثانية لم تجب . وجوابه ما قلنا . انظر : فتح القدير (٣٣٢/٤) ، المبسوط (١٦١/٦) .

(٢) انظر : أسنى المطالب (٤٠٠/٣) ، وتحفة المحتاج (٢٥٠/٨) . لو جدد نكاح مطلقته البائن في العدة ثم طلقها قبل الدخول بنت على العدة الأولى ، ولم يلزمه إلا نصف المهر ؛ لأن هذا نكاح جديد طلقها فيه قبل الدخول فلا تتعلق به العدة ، ولا كمال المهر بخلاف ما مر في الرجعية فإنها تعود بالرجعة إلى ذلك النكاح فيقتضي الطلاق فيه العدة وإن كان قد دخل بها قبل طلاقها أو مات عنها استأنفت عدة ودخلت فيها (البقية) من العدة السابقة وإن اختلف الجنس ؛ لأنهما من شخص واحد وعلم من كلامه صحة نكاح المختلعة وبه صرح في الأصل .

(٣) سورة البقرة : الآية ٢٢٨ .

من ستة أشهر ، وحكم الدخول كنفس الدخول في باب العدة ، أصله إذا تزوج امرأة ، فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر .

٢٥٤٦٢ – ولأن الفرقة على ضربين ، فرقة في حال الحياة ، وفرقة بالوفاة ، فإذا كانت الفرقة بالوفاة يجوز أن يجب بها كمال العدة ، وإن حصلت قبل الدخول . كذلك العدة الأخرى . وهذه المسألة مبنية على أنه يلزمه كمال المهر ، وكل امرأة استحقت كمال مهر وجب عليها كمال عدتها كالمدخول بها ، والمتوفى عنها زوجها .

٢٥٤٦٣ – احتجوا بقول الله تعالى : ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نَكَحْتُمُ ٱلْمُؤْمِنَـٰتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا ﴾ [1] .

٢٥٤٦٤ – قلنا : هذا تناول من لا يخاطب عقيب الطلاق بعد توجهه ، وهذه يلزمها عدة باتفاق . قالوا مطلقة قبل المسيس فصار كالنكاح ابتداء [2] .

٢٥٤٦٥ – قلنا : هناك لا يجب عليها عدة ، فلم يعتبر كمالها ونقصانها ، وهاهنا عدة تجب باتفاق في نكاح تام ؛ فوجبت العدة بكاملها .

* * *

---

(١) سورة الأحزاب : الآية ٤٩ .

(٢) ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) صلب ص واستدركها المصنف في الهامش

مسألة ١٢٥٥

الإحداد للمبتوتة

٢٥٤٦٦ - قال أصحابنا : المبتوتة يلزمها الإحداد [١] .

٢٥٤٦٧ - وقال الشافعي : في أحد قوليه : لا إحداد عليها [٢] .

٢٥٤٦٨ - لنا : ما روى من حديث أم سلمة أن رسول الله ﷺ : « نهى المعتدة أن تختضب بالحناء » [٣] ، وقال : الحناء طيب . ولم يفصل .

٢٥٤٦٩ - ولأنها مسلمة بانت من زوجها بينونة يتعلق بها تحريم الوطء ، وهي من أهل العبادات ، كالمتوفى عنها زوجها .

٢٥٤٧٠ - ولا يلزم الصغيرة ؛ لأنها لا تخاطب بفروع العبادات ، ولا المطلقة الرجعية ، لأنا قلنا : بانت ، ولا المنكوحة نكاحًا فاسدًا ، وأم الولد ، لأنا قلنا : من زوجها . ولا يلزم إذا اشترى الزوج زوجته ، لأن البينونة لا يتعلق بها تحريم الوطء ، وإن

---

(١) اختلف في المطلقة ثلاثا أو بائنا ، فقال أصحابنا : يلزمها الحداد . وقال الشافعي : لا يلزمها الحداد . وجه قوله أن الحداد في المنصوص عليه إنما وجب لحق الزوج تأسفا على ما فاتها من حسن العشرة وإدامة الصحبة إلى وقت الموت وهذا المعنى لم يوجد في المطلقة ؛ لأن الزوج أوحشها بالفرقة وقطع الوصلة باختياره ولم يمت عنها فلا يلزمها التأسف . ولنا أن الحداد إنما وجب على المتوفى عنها زوجها لفوات النكاح الذي هو نعمة في الدين خاصة في حقها لما فيه من قضاء شهوتها وعفتها عن الحرام وصيانة نفسها عن الهلاك بإدرار النفقة ، وقد انقطع ذلك كله بالموت فلزمها الإحداد إظهارا للمصيبة والحزن ، وقد وجد هذا المعنى في المطلقة الثلاث والمبانة فيلزمها الإحداد . وقوله : الإحداد في عدة الوفاة وجب لحق الزوج لا يستقيم ؛ لأنه لو كان لحق الزوج لما زاد على ثلاثة أيام كما في موت الأب . وأما الثالث في شرائط وجوبه فهو أن تكون المعتدة بالغة عاقلة مسلمة من نكاح صحيح سواء كانت متوفى عنها زوجها أو مطلقة ثلاثا أو بائنا ، فلا يجب على الصغيرة والمجنونة الكبيرة والكتابية والمعتدة من نكاح فاسد والمطلقة طلاقا رجعيا ، وهذا عندنا . البدائع (٣/٢١٠) .

(٢) إن مات عن مطلقة رجعية انتقلت إلى عدة وفاة بالإجماع كما حكاه ابن المنذر ، فتلغو أحكام الرجعة ، وسقطت بقية عدة الطلاق فتسقط نفقتها ، وتثبت أحكام عدة الوفاة من إحداد وغيره لو مات عن مطلقة بائن فلا تنتقل لعدة وفاة ، لأنها ليست بزوجة فتكمل عدة الطلاق ولا تحد ، ولها النفقة إن كانت حاملًا انظر : مغني المحتاج (٥/١٠١) .

(٣) أخرجه الطبراني في المعجم الكبير (٢٣/٤١٩) برقم (١٠١٣) ، أبو داود (٢/٢٩٢) برقم (٢٣٠٥) .

شئت قلت معتدة من زوجها لأجل بينونة حرمت الوطء ، فأشبهت المتوفى عنها زوجها ، ويستوي فيها الصغيرة والكافرة .

٢٥٤٧١ – ولأن المنع المتعلق بعد الطلاق آكد من المنع بعد الوفاة ، بدليل أن المطلقة تمنع من الخروج ليلًا ونهارًا والمتوفى عنها تمنع ليلًا . فإذا حرم الطيب والزينة في عدة الوفاة فلأن يحرم في عدة الطلاق أولى .

٢٥٤٧٢ – احتجوا بقوله ﷺ : « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت أكثر من ثلاثة أيام إلا على زوجها أربعة أشهر وعشرًا » (١) .

٢٥٤٧٣ – والجواب : أن هذا لا دلالة فيه ، لأنه منع الإحداد على ميت إلا على زوج ، وخلافنا في الإحداد على الحي .

٢٥٤٧٤ – ولأنه حرم الإحداد ، وأباحه على الزوج في مدة العدة ، فصار ذلك تنبيها على وجوب الإحداد في كل عدة .

٢٥٤٧٥ – قالوا : روت أم سلمة أن رسول الله ﷺ قال في المتوفى عنها زوجها : « لا تلبس المعصفر من الثياب ولا الممشقة ولا تلبس الحلي ولا تختضب ولا تكتحل (٢) » .

٢٥٤٧٦ – قالوا : فخص المتوفى عنها زوجها .

٢٥٤٧٧ – قلنا : تخصيص المذكور بالحكم لا يدل على نفي ما عداه .

٢٥٤٧٨ – قالوا : معتدة من فرقة في حال الحياة فكانت كالمطلقة الرجعية .

٢٥٤٧٩ – قلنا : لم يزل ملك الزوج عنها ، وهذه قد زال الملك عنها [كالمتوفى عنها] (٣) .

٢٥٤٨٠ – قالوا : عدة موجبها الوطء كعدة الصغيرة .

٢٥٤٨١ – قلنا : تلك لا تخاطب بفروع الشرع فلم يلزمها الإحداد ، وهذه ممن تخاطب بفروع الشرع ، فلذلك لزمها الإحداد إذا بانت من زوجها بينونة تحرم الوطء .

٢٥٤٨٢ – قالوا : الإحداد يجب على المتوفى عنها زوجها ، لأن الزوج تمسك بها

---

(١) أخرجه البخاري (٢٠٤٣/٥) برقم (٥٠٢٥) باب الكحل للمحادة ، والإمام أحمد في مسنده (١٨٤/٦) برقم (٢٥٥٥٣) .

(٢) أخرجه أبو داود (٢٩٢/٢) برقم (٢٣٠٤) ، والبيهقي في السنن الكبرى (٤٤٠/٧) برقم (١٥٣١٠) .

(٣) ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

إلى غاية نكاحها ، فيظهر الحزن عليها ، والمطلق أعرض عنها ، فلم يستحق ذلك .

٢٥٤٨٣ - قلنا : لو كان الإحداد يجب لهذا المعنى ، لوجب على الزوج بوفاتها ، وإنما يجب ، لأنها حرمت على الأزواج والتشوق بفعل لطلب الأزواج ، فكان عليها الإحداد ليتبين إعراضها عنهم .

٢٥٤٨٤ - قالوا : قياس على عدة الطلاق أولى ، لأن اعتبار الشيء بجنسه .

٢٥٤٨٥ - قلنا : قياسها على عدة الوفاة أولى ، لأن كل واحدة منهما ثبت عليها البينونة فيقاس على نظيره ، وقياسها على ما لا يثبت البينونة قياس على خلاف ذلك .

* * *

الإحداد للمجنونة والصغيرة

٢٥٤٨٦ - قال أبو حنيفة : الصغيرة والمجنونة لا إحداد عليها [١] .

٢٥٤٨٧ - وقال الشافعي : الإحداد عليها [٢] .

٢٥٤٨٨ - لنا قول النبي ﷺ : « رفع القلم عن ثلاث ، عن الصبي حتى يحتلم » [٣] وهذا ينفي الخطاب بالشرعيات ، فإن قيل خلافنا في الصبية .

٢٥٤٨٩ - قلنا : قد أريد الصغير بإجماع ، بدلالة بقية وجوب العبادات .

٢٥٤٩٠ - فإن قيل : إنما يخاطب الولي بأن يحبسها .

٢٥٤٩١ - قلنا : فهي المطالبة ، والمشقة تلحقها ، والخبر يقتضي رفع التكليف عنها ، ولأنها عبادة شرعية فلا تجب على الصغيرة كالكبيرة .

٢٥٤٩٢ - أو نقول عبادة من فروع الإسلام ، فلا يلزم الصغيره كالصوم ، ولا يلزم صدقة الفطر ؛ لأنها لا تخاطب بها ، وإنما يخاطب بها الولي ، ولهذا يجب عليه إخراجها من ماله إذا لم يكن له مال ، ولا يلزم العدة ، لأنها لا يلزمها ، وإنما تعتد بأن لا يتزوجها أحد في مدة العدة ، ولأن تحريم الوطء لحق الله تعالى ، فلا يجب على الصغيرة ابتداء كالإحرام .

٢٥٤٩٣ - احتجوا : بما روي أن امرأة أتت إلى رسول الله ﷺ ، فقالت : « يا

---

(١) الثابت في شرائط وجوبه أن تكون المعتدة بالغة عاقلة مسلمة من نكاح صحيح سواء كانت متوفى عنها زوجها أو مطلقة ثلاثا أو بائنا فلا يجب على الصغيرة والمجنونة والكبيرة والكتابية والمعتدة من نكاح فاسد والمطلقة طلاقا رجعيا ، وهذا عندنا . وقال الشافعي : يجب على الصغيرة والكتابية ؛ وجه قوله أن الحداد من أحكام العدة وقد لزمتها العدة فيلزمها حكمها ، ولنا أن الحداد عبادة بدنية فلا تجب على الصغيرة والكافرة كسائر العبادات البدنية من الصوم والصلاة وغيرهما بخلاف العدة فإنها اسم لمضي زمان وذا لا يختلف بالإسلام والكفر والصغر والكبر انظر : البدائع (٣/٢١٠) .

(٢) انظر : مغني المحتاج (٥/١٠٠) . وعند الشافعية بإيمان المرأة جرى على الغالب ؛ لأن غيرها ممن لها أمان يلزمها الإحداد ، وكذا الأربعة أشهر وعشر فإن ذلك في الحائل ، وأما الحامل فتحد مدة بقاء حملها كما قاله شيخنا في حاشيته على البخاري ، وعلى ولي الصغيرة والمجنونة منعهما مما يمنع منه غيرهما .

(٣) أخرجه الإمام أحمد في مسنده (١/١٤٠) برقم (١١٨٣) .

رسول اللّٰه إن بنتي توفي عنها زوجها ، وقد اشتكت عينها ، أفتكتحل ، قال : لا ، مرتين أو ثلاثًا » [1] .

٢٥٤٩٤ - قالوا : ينقل الحكم مع السبب .

٢٥٤٩٥ - قلنا : السبب قد يحتمل أن يكون عرف ببلوغها .

٢٥٤٩٦ - قالوا : هذا زيادة على سبب وفاة زوج شخص بعينه ، فالحكم لا يتعداه إلا بدليل ، وقد عارض هذا قوله ﷺ : لا يحل لامرأة تؤمن باللّٰه واليوم الآخر أن تحد على ميت ، فدليله أن غير المرأة لا إحداد عليها ، والدليل عندهم كالمنطوق .

٢٥٤٩٧ - قالوا : معتدة من وفاة زوجها كالبالغة .

٢٥٤٩٨ - قلنا المعنى فيها أنها مخاطبة بفروع الشرع ، فجاز الإحداد ، والصغيرة لا يلزمها فروع الشرع ، فلم يلزمها الإحداد .

* * *

---

(١) أخرجه الطحاوي في شرح الآثار (٧٦/٣) ، والطبراني في المعجم الكبير (٣٤٩/٢٣) .

مسألة ١٢٥٧

الإحداد للكافرة

٢٥٤٩٩ – قال أصحابنا : الكافرة لا يلزمها الإحداد [١] .

٢٥٥٠٠ – وقال الشافعي : عليها الإحداد [٢] .

٢٥٥٠١ – لنا : أن تحريم الطيب لحق الله تعالى ، فلا يثبت لحق الكافرة كحال الإحرام . ولأنها كافرة ، فلا يلزمها الإحداد كالمبتوتة .

٢٥٥٠٢ – ولأن ما يلزم المبتوتة في عدتها لا يلزم الكافرة المتوفى عنها زوجها . أصله لبس الحداد .

٢٥٥٠٣ – ولأن الإحداد عبادة بدنية ليس للآدمي حق فيها ، فلا يلزم أداؤها مع الكفر كالصلاة .

٢٥٥٠٤ – ولا يلزم العدة ، لأن للزوج حقًّا فيها ، وهو حفظ المال .

٢٥٥٠٥ – احتجوا : بقول رسول الله ﷺ : « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت » ...

٢٥٥٠٦ – والجواب : أنه لا يقال / للكافرة أنها تؤمن بالله واليوم الآخر ، وإنما يقال ذلك في المسلمة . /أ

٢٥٥٠٧ – احتجوا : بحديث المرأة التي قالت : إن بنتي توفي عنها زوجها ، وقد اشتكت عينها .

---

(١) من شرائط وجوب الإحداد أن تكون المعتدة بالغة عاقلة مسلمة من نكاح صحيح ، سواء كانت متوفى عنها زوجها أو مطلقة ثلاثا أو بائنا فلا يجب على الصغيرة والمجنونة الكبيرة والكتابية والمعتدة من نكاح فاسد والمطلقة طلاقًا رجعيًا ، وهذا عندنا . تحفة الفقهاء (٢/٣٧٤) ، والبدائع (٣/٢١٠) .

(٢) في عدة المشركات قال الشافعي : إذا كانت اليهودية أو النصرانية تحت المسلم فطلقها أو مات عنها فهي في العدة والسكنى والنفقة والإحداد مثل المسلمة لا خلاف بينهما ، وله عليها الرجعة في العدة كما يكون له على المسلمة . وهكذا المجوسية تحت المجوسي والوثنية تحت الوثني لأزواجهن عليهن من الرجعة ما لزوج المسلمة وعليهن من العدد والإحداد ما على المسلمة لأن حكم الله تعالى على العباد واحد ، فلا يحل لمسلم إذا تحاكم إليه مشرك أن يحكم له ولا عليه إلا بحكم الإسلام لقول الله ﷻ لنبيه ﷺ في المشركين ﴿ فَإِن جَآءُوكَ فَٱحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ ﴾ الآية . انظر : الأم (٢٤٩) ، نهاية المحتاج (٧/١٤٨) .

٢٥٥٠٨ - قلنا : عرف النبي ﷺ إسلامها ، وهذا هو الظاهر ، لأن الكفار لا يسألون النبي ﷺ الأحكام .

٢٥٥٠٩ - قالوا : معتدة من وفاة زوجها كالمسلمة .

٢٥٥١٠ - قلنا : المسلمة مخاطبة بفروع الشرع ، فجاز أن يلزمها الإحداد ، والكافرة غير مخاطبة بفروع الشرع ، فلا يلزمها .

٢٥٥١١ - قالوا : ما وجب في عدة المسلمة وجب في عدة الكافرة ، كترك التزويج والخروج .

٢٥٥١٢ - قلنا : هذا يلزمها لحق الآدمي ، والإحداد يلزمها لحق الشرع ، فلا يلزمها فعله مع وجود الكفر .

٢٥٥١٣ - قالوا : الإحداد من توابع العدة وصفاتها ؛ فإذا لزمها العدة لزمها توابعها .

٢٥٥١٤ - قلنا : لو كان كذلك لا يلزم في كل عدة ، فلما لم يجب دل على أنه عبادة مفردة ، ليس من توابع العدة إن قدر بها .

* * *

مسألة ١٢٥٨

عدة الكافرة إذا طلقها الكافر

٢٥٥١٥ - قال أبو حنيفة : إذا طلق الكافر الكافرة فلا عدة عليها . وقالا عليها العدة [١] .

٢٥٥١٦ - وبه قال : الشافعي [٢] .

٢٥٥١٧ - لنا : أن العدة لا تخلو أنها تجب لحق الله تعالى ، أو لحق الزوج ، ولا يجوز إيجابها لحق الله تعالى ، لأن الكفار لا يخاطبون في الدنيا بالشرعيات ، فلا يجوز أن تجب لحق الزوج ، لأنه لا يعتقدها حقًا له ، وإذا سقط الأمران لم يجز إيجابها .

٢٥٥١٨ - ولأنها عبادة يتعلق بها تحريم الطيب ، فلم تجتمع مع الكفر كالإحرام ، ولأنها فرقة حصلت بين كافرين فلا تجب بها عدة كالمبينة .

٢٥٥١٩ - احتجوا بقول الله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا ﴾ .

٢٥٥٢٠ - والجواب : أن هذا في امرأة المسلم ، لأنه قال : منكم ، وامرأة المسلم الكافرة ، فلا يلزمها العدة لحقه .

٢٥٥٢١ - احتجوا بقوله تعالى : ﴿ وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ﴾ .

٢٥٥٢٢ - قلنا : قال : ﴿ إِن كُنَّ يُؤْمِنَّ بِاللَّهِ ﴾ ، فدل على أن الآية خاصة في المسلمات .

٢٥٥٢٣ - قالوا : امرأة بانت من زوجها بالزنا ، فوجب أن تعتد منه عدة الوفاة كالمسلمة .

---

(١) انظر : فتح القدير (٣٣٤/٤ ، ٣٣٥) .

(٢) عدة المشركات (قال الشافعي) رحمه الله تعالى : وإذا كانت اليهودية أو النصرانية تحت المسلم فطلقها أو مات عنها فهي في العدة والسكنى والنفقة والإحداد مثل المسلمة لا خلاف بينهما وله عليها الرجعة في العدة كما يكون له على المسلمة . قال : وهكذا المجوسية تحت المجوسي والوثنية تحت الوثني لأزواجهن عليهن من الرجعة ما لزوج المسلمة وعليهن من العدد والإحداد ما على المسلمة لأن حكم الله تعالى على العباد واحد فلا يحل لمسلم إذا تحاكم إليه مشرك أن يحكم له ولا عليه إلا بحكم الإسلام لقول الله عز وجل لنبيه ﷺ في المشركين ﴿ فَإِن جَاءُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ ﴾ الآية . انظر : الأم (٢٤٩) ، نهاية المحتاج (١٤٨/٧) .

٢٥٥٢٤ - قالوا : ولأنه طلاق واقع بعد الدخول ، فوجب عليها عدة الاستبراء كالمسلمة .

٢٥٥٢٥ - قلنا : المسلمة مخاطبة بفروع الشرع ، فجاز أن تلزمها العدة ، والكافرة لا يلزمها فروع الشرع ، ولا يعتقد الزوج العدة حقًّا له ، فلم يجز أن يلزمها .

٢٥٥٢٦ - قالوا : عدة الوفاة من أحكام الشرع ، فيستوي فيها المسلمة والذمية كالطلاق والإيلاء والميراث .

٢٥٥٢٧ - قلنا : هي من أحكام النكاح في حقه ، لأن العبادات التي هي فروع الشرع تختص بنا ، فأما الطلاق والميراث والإيلاء ، فلا يثبت على وجه العبادات [1] ، لكن الطلاق إسقاط حق والإرث سبب الملك ، وهذه المعاني يستوي فيها الكافر والمسلم .

٢٥٥٢٨ - قالوا : لا يمتنع أن لا تخاطب بالعدة للكفر ؛ فإذا اختصموا إلينا فسخناها .

٢٥٥٢٩ - قلنا : كل عقد فسد بمعنى يستوي فيه الابتداء والبقاء [2] ، وما أحل فيه بشرط يختلف فيه للابتداء أو البقاء لا يعترضه كالنكاح بلا شهود .

٢٥٥٣٠ - قالوا : وطء يثبت منه النسب ، فوجب العدة فيه ، كما لو كانت تحت مسلم .

٢٥٥٣١ - قلنا : النسب لا يخلو أن يجوز لحق الله تعالى ، أو لحق الزوج ، أو لحق الولد ، ولا يجوز أن يجب لحق الله ، لأنهم لا يخاطبون بفروع الشرع ، ولا لحق الزوج إذا لم يعتقد ذلك حقًّا لنفسه ، ولا لحق الولد ، لأنا لا نعلم وجوده ، ولا يجوز إن ثبت الحق ، ونحن لا نعلم المستحق .

* * *

(١) قاعدة : العبادات التي هي فروع الشرع تختص بنا ، فأما الطلاق والميراث والإيلاء فلا يثبت على وجه العبادات » .

(٢) قاعدة : كل عقد فسد بمعنى يستوي فيه الابتداء والبقاء .

مسألة ١٢٥٩

تداخل العدتين

٢٥٥٣٢ - قال أصحابنا : العدتان يتداخلان ، سواء كانتا من واحد أو اثنين من جنس واحد أو جنسين ، فصورة العدتين من واحد أن يطلق الرجل امرأته تطليقه رجعية ، ثم يطؤها ، فالطلاق أوجب عدة ، والوطء عندهم أوجب عدة ، لأنه لا تكون رجعية ، ويكتفي بعدة واحدة ، [وعلى أصله إذا طلقها ، فكل واحد من الطلاقين لو انفردا أوجب كل منهما عدة ، ويقتصر على عدة واحدة ، والعدة] (١) من اثنين كالرجل امرأته ، فتوطأ في عدتها بشبهة ، فيجب عليها عدة من الثاني ، وهما من جنس واحد ، فتتداخل العدتان . وأما إذا كانا من جنسين كالمتوفى عنها زوجها إذا وطئت بشبهة ، فعليها عدة الوفاة بالشبهة ، وعدة الوطء بالأقراء ، فيقع فيهما التداخل ، وهو أن ما تراه في عدة الوفاة من الحيض يحتسب لها من العدة الثانية (٢) .

٢٥٥٣٣ - وقال الشافعي [رحمه الله] : في العدتين من الواحد مثل قولنا ، وقال : في العدة من الاثنين لا تتداخل لها ، لكنها إذا وطئت ، وهما جاهلان بالتحريم ، أو الرجل جاهل انقطعت عدة الأول ، ولم تعتد بالأقراء ، فإذا فرق القاضي بينهما كملت عدة

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٢) وإذا تزوجت المرأة المعتدة من الطلاق برجل ودخل بها ففرق بينهما فعليها عدة واحدة من الأول والآخر ثلاث حيض ، وهو مذهب الأحناف ، لأن العدتين إذا وجبتا يتداخلان وينقضيان بمضي مدة واحدة إذا كانتا من جنس واحد ، وهو قول معاذ بن جبل رضي الله عنه وعند الشافعي رحمه الله تعالى لا يتداخلان ولكنها تعتد بثلاث حيض من الأول ثم بثلاث حيض من الثاني فإن كانت العدتان من واحد بأن وطئ معتدته بعد البينونة بالشبهة فلا شك عندنا أنهما ينقضيان بمدة واحدة ، وهو أحد قولي الشافعي رحمة الله تعالى ، وفي القول الآخر يقول لا تجب العدة كفٌّ عن الأزواج ، بسبب الثاني أصلا . وحجتنا في ذلك أنهما حقان وجبا لمستحقين فلا يتداخلان كالمُهرين ، ولأن العدة فرض لزمها في المدة ولا يجتمع الكفان في مدة واحدة كصومين في يوم واحد ، وهذا هو الحرف الذي يدور عليه الكلام فإن المعتبر عنده معنى العبادة في العدة لأنه كف عن الأزواج والخروج فتكون عبادة كالكف عن اقتضاء الشهوات في الصوم وأداء العبادتين في وقت واحد لا يتصور . ولو جاز القول بالتداخل في العدة لكان الأولى أقراء عدة واحدة فينبغي أن يكتفي بقرء واحد لأن المقصود يحصل ، وهو العلم بفراغ الرحم وحجتنا في ذلك أن العدة مجرد أجل والآجال تنقضي بمدة واحدة في حق الواحد والجماعة كآجال الديون . انظر : المبسوط (٤٢/٦) ، البدائع (١٩١/٣) .

الأول ، ثم اعتدت من الثاني ، فإن حملت نظر القافة إلى الولد ، فإن ألحقوة بالأول انقضت عدة الثاني بوضعها ، وتمت عدة الأول بعدة . وإن كان الزوج يعلم بالتحريم فعليها تمام عدة الأول ، ولا عدة عليها من الثاني ، لأن وطأه زنا (١) .

٢٥٥٣٤ – لنا قوله تعالى : ﴿ وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ ، فظاهره يقتضي أن الحامل إذا وطئت بشبهة فوضعت حملها قضت الأجل من الطلاق والوطء .

٢٥٥٣٥ – فإن قيل : قوله تعالى : ﴿ أَجَلُهُنَّ ﴾ إضافة الأجل إليها ، وهذا تعريف ، فيقتضي أجلًا واحدًا ، كقولهم (دار زيد) .

٢٥٥٣٦ – قلنا : التعريف بالإضافة كالتعريف باللام ، والمعرف باللام إذا لم يكن هناك عهد أفاد الجنس .

٢٥٥٣٧ – ولأنه من إضافة الأجل إلى الجماعة ، والأجل الواحد لا يضاف إلى الجماعة . إننا نعلم أنه أراد بالأجل الجنس ، وهذا كقوله ﷺ : « منعت العراق قفيزها ودرهمها » (٢) .

٢٥٥٣٨ – يدل عليه قوله تعالى : ﴿ وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ ﴾ ، ولم يفصل بين التي وطئت بشبهة ، أو لم توطأ .

٢٥٥٣٩ – ولأن العدة أجل ، فقوله تعالى : ﴿ وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ ﴾ ، وقال عز من قائل : ﴿ حَتَّىٰ يَبْلُغَ ٱلْكِتَٰبُ أَجَلَهُۥ ﴾ ، فالأجل يجوز أن ينقضي في حق اثنين [كآجال الديون ولا يقال المعنى في الأجل أنه يجوز أن ينتفي بمدة واحدة] (٣) .

لأن العدة مدة لا تقف على فعل ، فجاز أن تُسْقِطَ عدةٌ واحدة حقَّ اثنين .

كالأجل لصاحب الدين ، وعليه فجاز أن ينقضي الأجلان بمدة واحدة ، ولأن المقصود بالعدة في ذوات الأقراء العلم ببراءة الرحم ، وهذا المعنى وجد في حقهما ، فانقضت العدة .

ولا يقال لا يمنع أن تجب العدة عبادةً ، لأجل براءة الرحم كعدة الآيسة والصغيرة ، لأنا لا نمنع كون وجوب العدة لا لبراءة الرحم ، وإنما عدة ذوات الأقراء يقصد بها براءة الرحم .

---

(١) انظر : تحفة الفقهاء (٣٦٦/٢ ، ٣٦٧) ، مغني المحتاج (٩١/٥) .

(٢) أخرجه الإمام أحمد في مسنده (٢٦٢/٢) ، أبو داود (١٦٦/٣) برقم (٣٠٣٥) باب في إيقاف أرض العنوة .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط (م ، ن ، ع) ، من صلب (ص) واستدركها المصنف في الهامش .

٢٥٥٤٠ - فإن قيل : لو كان المقصود براءة الرحم اقتصر على حيضة واحدة .

٢٥٥٤١ - قلنا : لا يقتصر على ذلك ، لأن الحامل قد ترى دم الاستحاضة ، وعندهم ترى دم الحيض ، فإنما لا يتوالى ذلك في العادة ، فاعتبر ثلاث حيض ليتيقن بها عدم الحمل .

٢٥٥٤٢ - فإن قيل : لو قال لامرأته إذا ولدت ، فأنت طالق ، فولدت ، ووجب عليها العدة ، وإن كان رحمها قد برئ بوضع الحمل ، وإنما يورِثُ براءة الرحم إذا وجدت مع سبب وجوبها ، وهاهنا برئ رحمها قبل وجود سبب العدة ، فلذلك لم تعتد بالوضع ، لأنه يجوز أن يكون وطئها قبل وضع الحمل ، ولم يخلص الماء إلى رحمها إلا بعد وضع الحمل ، لأن سبب العدة وجد في حالة واحدة ، فوجب أن يتداخل . أصله إذا وجبت لحق واحد .

٢٥٥٤٣ - ولأن كل ما يقع فيه التداخل إذا كان المستحق له واحدًا جاز أن يقع فيه التداخل [1] ، وإن كان المستحق له اثنين فكذلك أصله الإحالة ، وعكسه الديون .

٢٥٥٤٤ - فإن قيل لا يمتنع أن يختلف التداخل في حق الواحد والاثنين ، بدلالة أن المنكوحة نكاحًا فاسدًا إذا تكرر وطؤها وجب مهر واحد ، ولو وطئ امرأتين وجب لكل واحدة مهر ، ولو قطع يد رجل ، ثم قتله وجبت دية واحدة [ولو قطع يدًا واحدة] ثم قطع أخرى [2] . وقيل : آخر لم يتداخل الواجب .

٢٥٥٤٥ - قلنا : إذا تكرر الوطء في النكاح ، فالثاني لا يوجب مهرا ، وإذا قطع يد واحد ، فما لم يتداخل لم يجب به شيء ، وإذا قتله لا يتداخل إذا كان للحق مستحقان .

٢٥٥٤٦ - وفي الجناية يتداخل الواجب . وفي مسألتنا قد وجب لكل واحد من السببين عدة باتفاق . ولأنا علمنا بجواز التدخل عندنا إذا قتل الواحد جماعة ، ولأنها وطئت في حال عدتها ، فإذا تعقب وطئها ثلاثة أقراء ، حلت للأزواج . أصله إذا كان الواطئ يعلم بالتحريم .

٢٥٥٤٧ - ولأن المخالف لا يخلو إما أن يسلم لنا أن العدة من الثاني سبب عقيب الوطء ، أو يمنع ذلك ، ويقول : هي معتدة في حق الأول خاصة . فإن لم يسلم فالدليل عليه ، لأن سبب العدة قد وجد ، فلا تتأخر العدة عنها . أصله السبب / الأول . ب

---

(١) قاعدة : « كل ما يقع فيه التداخل إذا كان المستحق له واحدًا جاز أن يقع فيه التداخل ، وإن كان المستحق له اثنين فكذلك » .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط (م ، ن ، ع) ، من صلب (ص) واستدركها المصنف في الهامش .

٢٥٥٤٨ – ولا يلزم إذا طلق إحدى نسائه ثم تبين أن العدة تجب عليها من وقت البيان ، لأن الطلاق لم يقع على واحدة منهن عندنا ، وإنما ثبت في الذمة ، ويقع على هذه بالتعيين ، فلم تتأخر العدة عن سببها ، ولأن كل سبب لا يوجب العدة عقيب وجوده لا يوجبها في الثاني [1] ، أصله الطلاق قبل الدخول .

٢٥٥٤٩ – قالوا : إذا طلقها في الحيض لم تتعقب العدة الطلاق ، وتتأخر عنه .

٢٥٥٥٠ – قلنا غلط ، بل هي معتدة عقيب الطلاق ، إلا أن العدة لا تنقضي بتلك الحيضة ، كما لا تنقضي بالأطهار عندنا ، لأن الأول لا يجوز أن يتزوجها ؛ فلو لم تكن معتدة من غيره لجاز له تزويجها ، إذ العدة من الإنسان لا تمنع نكاحهما ، إلا أنه يجوز أن يتزوجها ، فدل على أنها معتدة من غيره .

٢٥٥٥١ – ولأن العدة التي هي من حقوق النكاح لا تكون أقوى من نفس النكاح . ومعلوم أن الوطء بشبهة إذا طرأ مع قيام النكاح أوجب العدة ، ولم يمنعها النكاح ، فأولى ألا تمنعها العدة التي هي من حقوقه .

٢٥٥٥٢ – ولأن حكم النكاح والعدة في المنع من العدة سواء ، بدلالة أن أم الولد إذا مات مولاها ، ولها زوج لم يلزمها عدة بموته . وكذلك إن مات المولى ، وهي في عدة من زوج ، فإذا استوى النكاح والعدة في منع العدة ، ثم كان النكاح لا يمنع طرئان هذه العدة ، فكذلك العدة لا تمنع .

٢٥٥٥٣ – فإن قيل : هذا ممنوع ، ولا تصير المرأة محبوسة في حق اثنين . أصله النكاح .

٢٥٥٥٤ – قلنا : هذا تعليل بحكم اتفق على خلافه ، لأنها محبوسة في حقهما بإنفاق ، بدلالة أن الأول ممنوع من العقد عليها لأجل ، والثاني ممنوع من العقد لحق الأول ، والحبس هو المنع من الأزواج .

٢٥٥٥٥ – ولأن النكاح لا يطرأ أحد العقدين على الآخر مع بقائه ، فلا يصح أن تكون محبوسة في حقها ، والعدة يجوز أن يطرأ سببها على عدة أخرى ، فكذلك اجتمع الجنسان . بين ذلك أنها تخير على زوجها ، وعلى الواطئ بشبهة ، ولما جاز أن تحبس بالعقد والعدة ، جاز أن تحبس بالعدتين .

٢٥٥٥٦ – فإذا ثبت هذا قلت إن كل معنى تنقضي به العدة متى وجد عقيب سبب العدة انقضت به العدة . أصله إذا كانت العدة من واحد .

---

(١) قاعدة : « كل سبب لا يوجب العدة عقيب وجوده لا يوجبها في الثاني » .

٢٥٥٥٧ – احتجوا : بما روى سعيد بن المسيب [١] أن طليحة كانت عند رشيد الثقفي ، فطلقها ، وبت طلاقها ، فتزوجت في عدتها ، فضربها عمر بن الخطاب بالمخفقة [٢] ، وضرب زوجها عدة ضربات ، وفرق بينهما [٣] ثم قال : أيما امرأة نكحت في عدتها من الأول ، فإن كان زوجها الذي تزوجها لم يدخل بها فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من الأول وكان خاطبًا من الخطاب . فإن كان دخل بها فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من الأول ثم اعتدت من الآخر ، ثم لم ينكحها أبدًا . وعن علي ابن أبي طالب ﷺ مثله [٤] .

٢٥٥٥٨ – قلنا : ذكر محمد في الكتاب عن أحمد بن حنبل مثل قولنا ، فصارت مسألة خلاف بينهم .

٢٥٥٥٩ – قالوا : حقان مقصودان لآدميين يمكن استيفاؤهما ، فوجب أن يتداخلا كالديتين .

٢٥٥٦٠ – قلنا : الحق المقصود هو الاستبراء لمدة ليست مقصودة لهذا ، تارة تطول وتارة تقصر ، فهي كالأجل الذي المقصود منه الدين ، والمدة ليست مقصودة ، فتتداخل فيهما كما يقع في مدة العدة عندنا .

٢٥٥٦١ – وقولهم : يمكن استيفاؤهما لا نسلم أن العدتين تنقضي بوضع الحمل عندنا ، أو بوجود الحيض ، فما يعتد به بعد ذلك ليست بعدة ، فلا نسلم أنه يمكن استيفاؤهما ، والوصف غير مؤثر في الأصل ، لأنه لا فرق في الدين أن يكون لآدمي واحد ، أو لآدميين . والمعنى في الدين أنه [لآدمي واحد] [٥] ، كذلك العدة ، لأنه لو ثبت لواحد تداخلت ، فإذا ثبت لاثنين جاز أن تتداخل ، [أو نقول المقصود بالدين لا

(١) هو : سعيد بن المسيب بن حزن بن أبي وهب بن عمرو بن عائذ الله عمران بن مخزوم . عالم أهل المدينة ، ولد لسنتين مضتا من خلافة عمر ﷺ ، وقيل لأربع مضين منها بالمدينة وكان ممن برز في العلم والعمل ، واختلف في سنة وفاته ، فقيل سنة المتوفي سنة ٨٩ أو ٩١ أو ٩٢ أو ٩٣ أو ٩٤ ترجمته في « تذكرة الحفاظ » (٥٤/١) و « العبر » (١١٠/١) . « الأعلام » (٢١٥/٥) .

(٢) المخفقة : الشيء بضرب به نحو سير أو درة وقال ابن سيدة المخفقة : سوط من خشب . انظر : لسان العرب (خفق) (١٢١٥/٢) .

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٤٤١/٧) .

(٤) انظر : السنن الكبرى للبيهقي (٤٤١/٧) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) .

يحصل في حق واحد إذا استوفاه آخر ، فلذلك لم يتداخل] [١] ، والمقصود بالعدة يحصل في حقهما ، إن استوفت حق أحدهما .

٢٥٥٦٢ – قالوا : فيجعل أصل العدة إذا قطع يد واحد قبل آخر حتى يؤثر الوصف ، وتسقط المعارضة .

٢٥٥٦٣ – قلنا : المعنى في القصاص أنه لو ثبت لحق واحد جاز أن يتداخل ، وهو إذا قبله بعد التردد في مسألتنا لو حصل لحق الواحد تداخل . كذلك إذا ثبت لحق اثنين .

٢٥٥٦٤ – قالوا : عدتان وجبتا لحق اثنين كما لو كانتا من جنسين تداخلت ما أمكن التداخل ، لأن الحيض التي تراها في مدة الأشهر يحبسها ، وإنما لا يتداخل منها ما لا يمكن التداخل ، فهو كالعدتين من جنس واحد سبقت إحداهما الأخرى ، فيقع التداخل فيما يمكن منها ، ولا يقع فيما زاد على العدة الأولى .

٢٥٥٦٥ – قالوا : حقان لآدميين يتعلقان بالوطء ، فلم يتداخلا كالمهرين .

٢٥٥٦٦ – قلنا : العدة لا تتعلق بالوطء ، بدلالة وجوبها في الوفاة قبل الدخول ، وإنما هي من أحكام العقد إذا استوفيت أحكامه ، ولهذا تجب بالخلوة عندنا . والمعنى الظاهر أنه حق ثبت للزوجة ، فإذا استوفت أحد المهرين لم يجعل ذلك المقصود من الآخر ، والعدة متى استوفيت في حق أحد الزوجين حصل بها المقصود في حق الآخر .

٢٥٥٦٧ – وقد قال الشافعي في الكافر إذا طلق امرأته فتزوجت في عدتها بمشرك آخر ثم أسلم ، وهي في عدتها ففرق بينهما ، فإنها تعتد بثلاثة أقراء تدخل فيها بقية العدة الأولى . التزم ذلك ابن أبي هريرة [٢] وأبو علي الطبري [٣] ، وهو نقض لكلامهم .

٢٥٥٦٨ – ومن أصحابهم من قال : لا تتداخل ، وسوى بين المسألتين .

* * *

(١) ما بين المعكوفتين ساقط (م ، ن ، ع) ، من صلب (ص) واستدركها المصنف في الهامش .

(٢) هو : ابن أبي هريرة شيخ الشافعية أبو علي الحسن بن الحسين بن أبي هريرة البغدادي القاضي من أصحاب الوجوه ، انتهت إليه رئاسة المذهب ، تفقه بابن سريج ثم بأبي إسحاق المروزي وصنف شرحًا لمختصر المزني . أخذ عنه : أبو علي الطبري والدارقطني وغيرهما واشتهر في الآفاق . توفي سنة خمسين وأربعين وثلاثمائة . انظر : سير أعلام النبلاء (٩١/١٢) .

(٣) هو : أبو علي الطبري شيخ الشافعية الحسن بن القاسم علق التعليقة على أبي علي بن أبي هريرة وصنف المحرر في النظر ، وهو أول كتاب في الخلاف المجرد ، وصنف الإفصاح في المذهب ، وألف في الجدل ودرس ببغداد بعد شيخه أبي علي . ومات كهلًا في سنة خمسين وثلاثمائة . انظر : سير أعلام النبلاء (٢٢٥/١٢) .

مسألة ١٢٦٠

تزوج الرجل المرأة في العدة

٢٥٥٦٩ - قال أصحابنا : إذا تزوج الرجل امرأة في عدة وطئها ، وهو يعلم أنها محرمة عليه ، ثم انقضت عدتها ، جاز له أن يتزوج بها .

٢٥٥٧٠ - وقال الشافعي : في أحد قوليه : لا تحل له أبدًا [(١)] .

٢٥٥٧١ - لنا قوله تعالى : ﴿ وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَٰمَىٰ مِنكُمْ وَٱلصَّٰلِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَآئِكُمْ ۚ إِن يَكُونُوا۟ فُقَرَآءَ يُغْنِهِمُ ٱللَّهُ مِن فَضْلِهِۦ ﴾ ، ولما روي أن رسول الله ﷺ قال : « لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل » [(٢)] .

٢٥٥٧٢ - وقوله ﷺ : « لا يحرم الحلال الحرام » [(٣)] ، ولأنه وطء نكاح فاسد ، فلا يوجب تحريمًا مؤبدًا كسائر الأنكحة الفاسدة .

٢٥٥٧٣ - ولأنه وطء محرم ؛ فلا يوجب تحريم الموطوءة عليه كالزنا ، ولأن الزنا أبلغ في تحريم الوطء كوطء المعتدة ، فإذا لم يوجب الزنا تحريمًا مؤبدًا ، فهذا أولى ، ولأن المعقود عليه يجوز أن يملك بالعقد ، وإنما لم يقع العقد [(٤)] لفقد شرط ، فصار كمن تزوج بغير شهود .

٢٥٥٧٤ - احتجوا : بما روي عن عمر أنه قال : يفرق بينهما ، ولا تحل له أبدًا [(٥)] .

---

(١) (قال الشافعي) رحمه الله : أخبرنا مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب وسليمان أن طليحة كانت تحت رشيد الثقفي فطلقها ألبتة فنكحت في عدتها فضربها عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه وضرب زوجها بالمخفقة ضربات وفرق بينهما « ثم قال عمر بن الخطاب » أيما امرأة نكحت في عدتها فإن كان الزوج الذي تزوج بها لم يدخل بها فرق بينهما ، ثم اعتدت بقية عدتها من زوجها الأول وكان خاطبًا من الخطاب وإن كان دخل بها فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من زوجها الأول ثم اعتدت من زوجها الآخر ثم لم ينكحها أبدًا . قال الشافعي قال سعيد : ولها مهرها بما استحل منها . انظر : الأم (٢٥٠/٥) .

(٢) أخرجه البيهقي في السنن (١٢٥/٧) ، الدارقطني (٢٢١/٣) .

(٣) أخرجه ابن ماجه في سننه (٦٤٩/١) برقم (٢٠١٥) باب لا يحرم الحرام الحلال ، والبيهقي في السنن الكبرى (١٦٩/٧) .

(٤) في (م) ، (ن) ، (ع) [الملك] .

(٥) سبق تخريجه .

٢٥٥٧٥ – قلنا : الخلاف في هذه المسألة مشهور بين الصحابة وروي عن علي [ﷺ] [(١)] مثل قولنا .

٢٥٥٧٦ – قالوا : استعجل ما نهى اللّٰه تعالى عنه ، فوجب أن يثبت الحظر في حقه على التأبيد ، كالوارث إذا قتل المورث .

٢٥٥٧٧ – قلنا : يبطل بمن طلق امرأته ثلاثًا ، ثم تزوجها ، ووطئها قبل أن تتزوج بزوج آخر ، وبأم الولد إذا قتلت مولاها عتقت .

* * *

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) .

مسألة ١٢٦١

تزوج امرأة المفقود

٢٥٥٧٨ - قال أصحابنا : امرأة المفقود لا يجوز لها أن تتزوج ما لم يثبت موته ، أو تمضى مدة لا يعيش مثله إلى مثلها (١) .

٢٥٥٧٩ - وقال الشافعي [رحمه الله] : إذا غاب غيبة منقطعة يخفى عنها شخصه وخبره ، تربصت أربع سنين ، ثم تأتي الحاكم حتى يحكم بفراقها بوفاته ، ثم تعتد أربعة أشهر وعشرًا ، وتحل للأزواج . هذا قوله القديم .

٢٥٥٨٠ - وقال في الجديد مثل قولنا ، وظاهر قوله أن ابتداء مدة التربص من حين فقده (٢) .

---

(١) حكمه في الشرع أنه حي في حق نفسه حتى لا يقسم ماله بين ورثته ، ميت في حق غيره حتى لا يرث هو إذا مات أحد من أقربائه ؛ لأن ثبوت حياته باستصحاب الحال فإن علم حياته فيستصحب ذلك ما لم يظهر خلافه ، واستصحاب الحال معتبر في إبقاء ما كان على ما كان غير معتبر في إثبات ما لم يكن ثابتًا ، وفي الامتناع من قسمة ماله بين ورثته إبقاء ما كان على ما كان ، وفي توريثه من الغير إثبات أمر لم يكن ثابتًا له ، ولأن حياته باعتبار الظاهر ، والظاهر حجة لدفع الاستحقاق ، وليس بحجة للاستحقاق ، فلا يَسْتَحِقُّ به ميراث غيره ، ويندفع به استحقاق ورثته لماله بهذا الظاهر ؛ ولهذا لا تتزوج امرأته عندنا ، وهو مذهب علي رضي الله تعالى عنه . المبسوط (٣٦/١١) ، البدائع (١٩٨/٦) .

(٢) قال الشافعي : قال الله تبارك وتعالى : ﴿ قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِيٓ أَزْوَٰجِهِمْ ﴾ قال : وجعل رسول الله ﷺ على الزوج نفقة امرأته ، وحكم الله ﷻ بين الزوجين أحكامًا منها اللعان والظهار والإيلاء ووقوع الطلاق . (قال الشافعي) فلم يختلف المسلمون فيما علمته في أن ذلك لكل زوجة على كل زوج غائب وحاضر . ولم يختلفوا في أن لا عدة على زوجة إلا من وفاة أو طلاق . وقال الله ﷻ ﴿ وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ﴾ الآية وقال تعالى : ﴿ وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَٰجُكُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّهُنَّ وَلَدٌ ﴾ إلى قوله : ﴿ فَلَهُنَّ ٱلثُّمُنُ مِمَّا تَرَكْتُم ﴾ . (قال) فلم أعلم مخالفًا في أن الرجل أو المرأة لو غابا أو أحدهما ، برًا أو بحرًا ، علم مغيبهما أو لم يعلم ، فماتا أو أحدهما فلم يسمع بهما بخبر أو أسرهما العدو فصيروهما إلى حيث لا خبر عنهما لم نورث واحدًا منهما من صاحبه إلا بيقين وفاته قبل صاحبه . فكذلك عندي امرأة الغائب أي غيبة كانت مما وصفت أو لم أصف بإسار عدو أو بخروج الزوج ثم خفي مسلكه أو بهيام من ذهاب عقل أو خروج فلم يسمع له ذكر أو بمركب في بحر فلم يأت له خبر أو جاء خبر أن غرقا كأن يرون أنه قد كان فيه ولا يستيقنون أنه فيه لا تعتد امرأته ولا تنكح أبدًا حتى يأتيها يقين وفاته ثم تعتد من يوم استيقنت وفاته وترثه ، ولا تعتد امرأة من وفاة ومثلها يرث إلا ورثت زوجها الذي اعتدت من وفاته ، ولو =

٢٥٥٨١ - وقال أصحابه من حين يضرب القاضى المدة ، فإذا حكم القاضى بالفرقة على قوله القديم ، هل ينفذ في الباطن ؟ على قولين :

٢٥٥٨٢ - أحدهما : ينفذ حتى إذا رجع الزوج لم يكن له عليها سبيل .

٢٥٥٨٣ - والثانى : ينفذ في الظاهر دون الباطن

٢٥٥٨٤ - لنا قوله تعالى : ﴿ وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ ﴾ ، وهن ذوات الأزواج ، ولأنه لم يثبت موت الزوج ، ولا علمنا أنه في الظاهر ، فلا يجوز أن تتزوج كما كان قبل أربع سنين .

٢٥٥٨٥ - ولأن كل حالة لا تحكم بانتقال مال المفقود إلى الورثة لا يباح لامرأته أن تتزوج . أصله إذا مضي أقل من أربع سنين .

٢٥٥٨٦ - ولأنها لا ترث مع ارتفاع الموانع ، ولا يحكم بوجوب عدة الوفاة عليها ، كما لو انقضى أربع سنين .

٢٥٥٨٧ - ولأن الفرقة على ضربين : فرقة بالطلاق ، وفرقة بالوفاة ، فإذا كانت الفرقة بالطلاق / لا يحكم بها إلا بعد ثبوت الطلاق ، فالفرقة بالوفاة مثله .

٢٥٥٨٨ - ولأن جواز التزويج لا يخلو إما أن يكون لأجل الضرر الذي يلحقها ، وللحل بوفاته ، ولا يجوز أن تكون الفرقة ، لأن هذه المدة يعيش الإنسان في مثلها غالبًا كما دون أربع سنين ، ولا يلزم إذا مضى له مائة وعشرون سنة لأن هذه مدة لا إمكان للإنسان أن يعيش إليها غالبًا .

٢٥٥٨٩ - واحتجوا : بما روي أن رجلًا افتقد ، فجاءت زوجته إلى عمر بن الخطاب ، فقال لها : انتظري أربع سنين ، ثم ارجعي إليَّ ، فرجعت إليه بعد أربع سنين ، فقال لها : اعتدى أربعة أشهر وعشرًا ، [وتزوجي ؛ فاعتدت] [1] وتزوجت ، فجاء زوجها إلى عمر ، فقال له : زوجت امرأتي ، فقال له عمر : ما بال أحدكم يغيب عن

= طلقها وهو خفي الغيبة بعد أي هذه الأحوال كانت أو آلى منها أو تظاهر أو قذفها لزمه ما يلزم الزوج الحاضر في ذلك كله . وإذا كان هذا هكذا لم يجز أن تكون امرأة رجل يقع عليها ما يقع على الزوجة المعتدة لا من طلاق ولا وفاة كما لو ظنت أنه طلقها أو مات عنها لم تعتد من طلاق إلا بيقين ، وهكذا لو تربصت سنين كثيرة بأمر حاكم واعتدت وتزوجت فطلقها الزوج الأول المفقود لزمها الطلاق ، وكذلك إن آلى منها أو تظاهر أو قذفها لزمه ما يلزم الزوج . وهكذا لو تربصت بأمر حاكم أربع سنين ثم اعتدت فأكملت أربعة أشهر وعشرًا . قليوبي وعميرة (٥٢/٤ ، ٥٣) ، تحفة الفقهاء (٢٠٤/٨ ، ٢٠٥) .

(١) ما بين المعكوفتين ساقط (م) ، (ن) ، (ع) ، من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

امرأته من غير غزو ولا تجارة ، فقال الرجل : إني كنت خرجت أريد المسجد ، فاختطفني نفر من الجن ، فمكثت فيهم إلى أن غزاهم قوم من المسلمين ، فهزموهم ، وأخذوني ، وقالوا لي : ما دينك ، فقلت : ما لي دين غير الإسلام ، فخيروني بين المقام عندهم والرجوع إلى أهلي ، فاخترت الرجوع إلى أهلي ، فخيره عمر بين أن يأخذ المهر وبين أن يرد عليه امرأته [١] .

٢٥٥٩٠ - قلنا : روي عن علي ﷺ أنه قال في امرأة المفقود : تلك امرأة ابتليت ، فلتصبر ، فصارت خلافًا بين الصحابة [٢] .

٢٥٥٩١ - قالوا : يلحقها ضرر بالبقاء على النكاح كامرأة العنين .

٢٥٥٩٢ - قلنا : ينتقض إذا غاب عنها ، وموضعه معروف ، ولأن امرأة العنين إنما جاز لها أن تختار التفريق [٣] ليس لما يلحقها من الضرر ، لكن لأنه لا يستقر لها البدل ، وهذه قد استقر لها البدل استقرارًا صحيحًا ؛ فلذلك لم يكن لها اختيار لفرقه .

* * *

---

(١) التمهيد لابن عبد البر (٢٦٦/١٦) وزارة عموم الأوقاف والشئون الإسلامية مغرب .

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٥٨/٦) وعبد الرازق في مصنفه (٩٠/٧) .

(٣) العُقر بالضم : ماتعطاه للعقر عقرًا ، وقال ابن المظفر : عقر المرأة دية فرجها إذا غصبت فرها ، وقال أبو عبيدة : عقر المرأة ثواب تناله المرأة من نكاحها وقيل هو : صداق المرأة ، وقال الجوهري : هو مهر المرأة إذا وطئت في شبهة فسماه مهرًا . انظر : لسان العرب (عقر) (٣٠٣٦/٤) .

مسألة ١٢٦٢

عدة أم الولد

٢٥٥٩٣ - قال أصحابنا : عدة أم الولد إذا مات سيدها ، أو أعتقها ثلاثة قروء [١] .

٢٥٥٩٤ - وقال الشافعي : قرء واحد [٢] .

٢٥٥٩٥ - ومن أصحابنا من منع أن تكون عدة ، وقال : هو استبراء ، والدليل على أنها معتدة أنه معنى يجب بزوال الفراش ، فكان عدة كالزوجة .

٢٥٥٩٦ - ولا يلزم شراء الأمة ؛ لأن ذلك يجب بحدوث الملك لا بزوال الفراش ، يبين ذلك أن أصل الاستبراء في الشيء يجب لحدوث الملك لا بزواله ، ولأنه يجب عليها وهي أمة ما يجب على الحر ، وليس باستبراء كسائر العدد ، ولأن هذه المدة ثبت فيها النسب من غير دعوة ؛ فلم يكن استبراء كسائر العدد ، وإذا ثبت أنها عدة لم تتقدر بحيضة واحدة كسائر العدد . ولأنها عدة وطء ، فلهذا يستوى فيها الحياة والموت كالموطوءة بنكاح فاسد .

٢٥٥٩٧ - ولأنها إما أن تعتد بعدة الحرائر أوعدة الإماء ، وأيهما كان لم يتقدر بحيضة واحدة .

٢٥٥٩٨ - فإن قيل : المعنى في عدة الحرة أنها كملت في الطرفين ، فجعل الوطء في حال الزوجية العدة كحال الحرية ، فلذلك كملت العدة .

٢٥٥٩٩ - وفي مسألتنا نقصت في الطرف الأول ، لأن الوطء لم يوجد في النكاح .

٢٥٦٠٠ - قلنا : اعتبرنا في كمال العدة كمال حال الوجوب .

---

(١) جاء في المبسوط : « وأم الولد إذا عتقت بموت مولاها اعتدت بثلاث حيض ، وإن لم يترك وفاء فعدتها شهران وخمسة أيام . لأنه مات عاجزًا فكان النكاح منتهيًا بالموت ، وعلى الأمة عند زوجها من العدة شهران وخمسة أيام وإن لم تكن ولدت منه ، وقد ترك وفاء فإن كان دخل بها فعدتها حيضتان ، كالحر إذا اشترى امرأته بعد ما دخل بها فعليها من العدة حيضتان ، حتى لا يملك تزويجها إلا بعد مضي المدة » . المبسوط (١٧٥/٥) ، والبدائع (١٩٤/٣) .

(٢) قال الشافعي رحمه الله : أخبرنا مالك عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال في أم الولد : يتوفى عنها سيدها تعتد بحيضة . (قال الشافعي) رحمه الله ولا تحل أم الولد للأزواج حتى ترى الطهر من الحيضة . وقال في كتاب النكاح والطلاق إملاء على مسائل مالك : وإن كانت ممن لا تحيض فشهر الأم (٢٣٤/٥) .

٢٥٦٠١ – واعتبر مخالفنا الكمال في الطرفين نعلق الحكم بعلتنا وزيادة ولا تصح المعارضة .

٢٥٦٠٢ – ولأن الزوج يطؤها حال الرق ثم تعتق فيجب عليها عدة كاملة ولو لم تكمل في الطرفين كذلك هذا الكمال يعتبر بالحرية حال الوجوب وإن تقص حال الوطء .

٢٥٦٠٣ – احتجوا : بما روى عن ابن عمر وعائشة مثل قولهم (١) .

٢٥٦٠٤ – قلنا روي عن عبد اللّه بن عمر مثل قولنا . وروي الشعبي عن ابن عمر : مثل قولنا (٢) ، وروى أن مارية القبطية (٣) اعتدت من وفاة رسول اللّه ﷺ بثلاث حيض (٤) ، ولم تكن من أهل الاجتهاد . وأما أن يكون رخص في ذلك إلى رسول اللّه ﷺ أو إلى الصحابة .

٢٥٦٠٥ – قالوا عدة تختلف بالرق والحرية بل تجب على أم الولد ، كعدة الوفاة .

٢٥٦٠٦ – قلنا : ليس إذا لم تلزمها عدة الوفاة لم يلزمها عدة الحيض بدلالة الموطوءة بنكاح فاسد . ولأن عدتها عدة وطء كما أن عدة الموطوءة بنكاح فاسد عدة وطء فهما سواء .

٢٥٦٠٧ – ولأن المعنى الذي يجب به العدة على أم الولد في حياة سيدها هو المعنى الذي يجب به العدة عليها بموته ، وهو العتق ، فلذلك استوت العدتان . كما أن الموطوءة بعقد فاسد لما وجب عليها العدة في حال الحياة بالفرقة وبعد الموت بالوفاة ، فلما اختلف السبب اختلفت العدة .

٢٥٦٠٨ – قالوا : التي تكمل عدتها بزوال فراشها حال الحياة هي التي تكمل عدتها بزوال فراشها بالوفاة ، فلما ثبت أن هذه لا تكمل عدتها بالوفاة كذلك حال الحياة .

---

(١) السنن الكبرى للبيهقي (٤٤٨/٧) .

(٢) أخرجه سعيد بن منصور في كتاب السنن (٣٤٦/١) المكتبة السلفية الهند .

(٣) هي : مارية أم إبراهيم ولد النبي ﷺ أهداها صاحب الإسكندرية وهو جريج بن مينا مع جملة من تحف وهدايا لرسول اللّه فقبل ذلك منه . وكانت معها أختها شرين التي وهبها النبي لحسان بن ثابت ، ولدت له ابنه عبد الرحمن بن حسان . حملت مارية من رسول اللّه بولده : إبراهيم فعاش عشرين شهرًا ومات قبل النبي بسنة فحزن عليه حزنًا شديدًا . كانت مارية هذه من الصالحات الخيرات الحسان وقد حظيت عند رسول اللّه وأعجب بها . توفيت سنة ست عشرة بالمدينة وصلى عليها عمر بن الخطاب ، وكان يجمع الناس لشهود جنازتها ، ودفنت بالبقيع رضي الله عنها وأرضاها . انظر : البداية والنهاية لابن كثير (٧٩/٧) .

(٤) انظر : السنن الكبرى للبيهقي (٤٤٨/٧) .

٢٥٦٠٩ - قلنا : عدتها كاملة عندنا في الوفاة وحال الحياة ؛ لأنها تجب بالحيض فإن عنوا بالكمال عدة الوفاة لم نسلم أن تلك أكمل من الحيض بل كل واحدة منهما عدة كاملة .

٢٥٦١٠ - ولأن عدة الوفاة تختص بالنكاح فلذلك لم تجب عليها ، وعدة الحيض لا تختص بالنكاح فلذلك وجبت عليها .

٢٥٦١١ - قالوا عدة أوجبت زوال ملكه عن رقبتها فوجب أن تكون قرءًا واحدًا ، كالأمة المشتراة .

٢٥٦١٢ - قلنا المعنى فيما يجب بالشراء أنه لا يجب إلا على ناقصة بالرق ، فوجب على أنقص الوجوه وليس كذلك ما يجب على أم الولد ؛ لأنه لا يجب إلا على حال الكمال فلذلك وجبت العدة كاملة .

٢٥٦١٣ - قالوا عدة وجبت عن تغير رق وحرية ، فوجب أن تكون كاملة كالمسبية .

٢٥٦١٤ - قلنا : لا نسلم أن ما يجب علي المسبية عدة ، ولأنه لا فرق في الاستواء بين أن يجب بتعين رق وحرية ، أو بانتقال من رق إلى رق ، والمعنى فيه ما قدمنا .

٢٥٦١٥ - قالوا أم الولد يتعلق بها أحكام النكاح من الطلاق والظهار والإيلاء واللعان ، فلا يتعلق بها كمال الاعتبار .

٢٥٦١٦ - قلنا الموطوءة بنكاح فاسد لا تثبت لها أحكام النكاح من الطلاق والظهار والإيلاء ، وثبت في حقها كمال العدة .

٢٥٦١٧ - قالوا العدة تكمل بكمال الطرفين وطرفي زوجته واعتداد حالة الحرية كالحرة المزوجة إن طلقت اعتدت عدة كاملة لهذا المعنى . وهكذا الأمة المزوجة [إذا اعتقت ثم طلقت فاعتدت بنقص الطرفين وكذلك] [1] المشتراة .

٢٥٦١٨ - قلنا قد بينا أن المعتبر الكمال والنقصان حال الوجوب دون ما قالوه ، ومن علق الحكم بأحد الوصفين كان أولى ممن علقه بهما .

٢٥٦١٩ - ولأن هذا يبطل بالموطوءة حال الرقة إذا أعتقت ثم طلقت .

* * *

(١) ما بين المعكوفتين ساقط (م) ، (ن) ، (ع) ، من صلب (ص) واستدركها المصنف في الهامش .

مسألة ١٢٦٣

تزويج أمته بعد وطئها

٢٥٦٢٠ - قال أصحابنا : إذا وطئ أمته ، وأراد أن يزوجها فهو جائز وإن لم يستبرئها (١) .

٢٥٦٢١ - وقال الشافعي : لا يجوز النكاح حتى يستبرئها (٢) .

٢٥٦٢٢ - لنا : أن الاستبراء وجب عليه من حين ملكها ، فلو وجب في حال الملك لوجب في ملك واحد الاستبراءُ مرتين ، وهذا لا يصح بدلالة النكاح .

٢٥٦٢٣ - ولأن الإنسان لا يجب عليه الاستبراء من مال نفسه ، إذا لم يرد أن يزوجها ، ولأنا دللنا على أنها لا تصير فراشًا بالوطء ، فلا يمنع الوطء تزويجها كالزنا .

٢٥٦٢٤ - احتجوا : بأنه وطء له حرمة ، فوجب أن لا يجوز لغير الواطئ نكاحها قبل الاستبراء ، كما لو وطئ إمرأة بشبهة . قلنا هناك لا يملك الواطئ نفي النسب بقوله ، ولا يملك نقل الفراش إلى غيره ، وهاهنا يملك نفي النسب بقوله : فإذا زوجها فقد نفاه بفعله فإذا سقط حكم النسب صارت كالزانية . قالوا : روي عن النبي ﷺ « أنه قال لا يسقين أحدكم ماءه زرع غيره » (٣) .

٢٥٦٢٥ - وقال ﷺ : « لا يحل لرجلين يؤمنان بالله واليوم الآخر أن يجتمعا مع امرأة واحدة في طهر واحد .

٢٥٦٢٦ - قلنا : هذا يدل على أن الزوج لا يجوز له الوطء ، وكذلك نقول . والكلام على جواز عقد النكاح ، وليس يمتنع أن يصح العقد ولا يباح الوطء كالحامل من الزنا .

---

(١) لو أراد البائع أن يزوجها لم يكن له أن يزوجها حتى يستبرئها ، ومن الأحناف من يقول : لا فرق بين البيع والتزويج بل في الموضعين جميعًا يستحب للمولى أن يستبرئها من غير أن يكون واجبًا عليه . ألا ترى أنه لو زوجها قبل أن يستبرئها جاز ، كما لو باعها قبل أن يستبرئها ، وإلا ظهر أن عليه أن يستبرئها إن أراد أن يزوجها بعدما وطئها صيانة لمائه . انظر : المبسوط (١٥٣/١٣) .

(٢) أمر النبي ﷺ في الإماء أن يستبرئن بحيضة فكانت الحيضة الأولى أمامها طهر كما كان الطهر أمامه الحيض فكان قصد النبي ﷺ في الاستبراء إلى الحيض وفي العدة إلى الأطهار . قليوبي وعميرة (٦١/٤ ، ٦٢) ، الأم للشافعي (٣٣٢/٨) .

(٣) مصنف ابن أبي شيبة (٣٩٤/٧) برقم (٣٦٨٨٤) ، والسنن الكبرى للبيهقي (٦٢/٩) .

مسألة ١٢٦٤

استبراء الأمة بعد عجزها

٢٥٦٢٧ – قال أصحابنا : إذا كاتب أمته ثم عجزت لم يجب أن يستبرئها [(١)] .

٢٥٦٢٨ – وقال الشافعي : يجب [(٢)] .

٢٥٦٢٩ – لنا أنه عقد لا يوجب زوال الملك عن الرقبة ، وإذا انفسخ لم يجب الاستبراء ، كالبيع المشروط فيه الخيار للبائع .

٢٥٦٣٠ – ولأنه محرم عارض في الملك فإذا زال لم يجب الاستبراء كالاحرام .

٢٥٦٣١ – ولأن هذا عقد يوجب زوال يده عنها مع بقاء ملكه في الرقبة ، فأشبه الإجارة .

٢٥٦٣٢ – احتجوا : بأن الاستباحة / قد زالت بعقد الكتابة فإذا عجزت عنها فقد حدثت له استباحة فصار كما لو باعها ثم اشتراها .

٢٥٦٣٣ – قلنا : يبطل بما إذا باعها بشرط الخيار [(٣)] للمشتري ثم فسخ المشتري العقد .

٢٥٦٣٤ – والمعنى في الأصل أنها عادت إليه بعد زوال ملكه عن الرقبة ، والاستباحة في مسألتنا لم تعد إليه بعد زوال ملكه عن الرقبة لأن الرقبة ؛ باقية على ملكه فلذلك تعلمًا .

* * *

(١) كذلك لو كاتب أمته ثم عجزت فليس عليه أن يستبرئها عندنا . وقال الشافعي : عليه أن يستبرئها ؛ لأنها بالكتابة صارت كالخارجة عن ملكه ، حتى يغرم بوطئها العقد لها . ويغرم الأرش لها لو جنى عليها ؛ يوضحه أنها صارت بمنزلة الحرة يدًا فتكون مملوكة له من وجه ، دون وجه فهو كما لو باع نصفها ثم اشترى الباقي . والدليل عليه أنه لو زوجها من إنسان ثم فارقها الزوج وجب عليه أن يستبرئها ؛ لأن ملك المنفعة زال عنه بالتزويج فكذلك بالكتابة . وجه قولنا أنها بعد الكتابة باقية على ملكه . انظر : المبسوط (١٥٠/١٣) .

(٢) أمة المكاتب والمكاتبة إذا عجزا أو فسخت كتابتهما كالمكاتبة كما قاله البلقيني . وكذا أمة مرتدة عادت للإسلام يجب استبراؤها في الأصح لزوال ملك الاستمتاع ثم إعادته ، فأشبه تعجيز المكاتبة ، والثاني لا يجب ، لأن الردة لا تنافي الملك بخلاف الكتابة ، ولو ارتد السيد ثم أسلم لزمه الاستبراء أيضًا . انظر : مغني المحتاج (١١٥/٥) .

(٣) ساقطة من صلب (ص) .

مسألة ١٢٦٥

طلاق المرأة أو موت زوجها بعد السفر بها

٢٥٦٣٥ – قال أبو حنيفة : إذا طلق امرأته أو مات عنها بعد ما سافر بها . فإن كان بينها وبين مصرها أقل من ثلاثة أيام لزمها العود إلى بلدها . وإن كان بينها وبين مصرها ثلاثة أيام ، أو بينها وبين مقصدها أقل من [ثلاثة أيام] (١) مضت . وإن كان بينها وبين كل واحد من الموضعين ثلاثة أيام إن كان موضعها يصلح للإقامة أقامت فيه . وإن كان لا يصلح للمقام فلها أن تمضي (٢) .

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركها المصنف في الهامش .

(٢) إذا خرج مع امرأته مسافرًا فطلقها في بعض الطريق أو مات عنها فإن كان بينها وبين مصرها الذي خرجت منه أقل من ثلاثة أيام وبينها وبين مقصدها ثلاثة أيام فصاعدًا رجعت إلى مصرها ؛ لأنها لو مضت لاحتاجت إلى إنشاء سفر وهي معتدة ، ولو رجعت ما احتاجت إلى ذلك فكان الرجوع أولى ، كما إذا طلقت في المصر خارج بيتها أنها تعود إلى بيتها ، كذا هذا . وإن كان بينها وبين مصرها ثلاثة أيام فصاعدًا وبينها وبين مقصدها أقل من ثلاثة أيام فإنها تمضي ؛ لأنه ليس في المضي إنشاء سفر ، وفي الرجوع إنشاء سفر والمعتدة ممنوعة عن السفر . وسواء كان الطلاق في موضع لا يصلح للإقامة كالمفازة ونحوها ، أو في موضع يصلح لها كالمصر ونحوها . وإن كان بينهما وبين مصرها ثلاثة أيام ، وبينها وبين مقصدها ثلاثة أيام فصاعدًا فإن كان الطلاق في المفازة أو في موضع لا يصلح للإقامة بأن خافت على نفسها أو متاعها فهي بالخيار إن شاءت مضت وإن شاءت رجعت ؛ لأنه ليس أحدهما بأولى من الآخر ، سواء كان معها محرم أو لم يكن . وإذا عادت أو مضت فبلغت أدنى المواضع فهي بالخيار . إن شاءت مضت وإن شاءت رجعت إلى التي تصلح للإقامة في مضيها أو رجوعها ، أقامت فيه واعتدت إن لم تجد محرمًا بلا خلاف ، وإن وجدت فكذلك عند أبي حنيفة ؛ لأنه لو وجد الطلاق فيه ابتداء لكان لا يجوز لها أن تتجاوزه عنده ، وإن وجدت محرمًا فكذا إذا وصلت إليه . وإن كان الطلاق في المصر أو في موضع يصلح للإقامة اختلف فيه ، قال أبو حنيفة : تقيم فيه حتى تنقضي عدتها ولا تخرج بعد انقضاء عدتها إلا مع محرم ، حجًا كان أو غيره . وقال أبو يوسف ومحمد : إن كان معها محرم مضت على سفرها وجه قولهما أن حرمة الخروج ليست لأجل العدة بل لمكان السفر بدليل أنه يباح لها الخروج إذا لم يكن بين مقصدها ومنزلها مسيرة ثلاثة أيام ، ومعلوم أن الحرمة الثابتة للعدة لا تختلف بالسفر وغير السفر ، وإذا كانت الحرمة لمكان السفر تسقط بوجود المحرم ، ولأبي حنيفة أن العدة مانعة من الخروج والسفر في الأصل إلا أن الخروج إلى ما دون السفر ههنا سقط اعتباره ؛ لأنه ليس بخروج مبتدإ بل هو خروج مبني على الخروج الأول فلا يكون له حكم نفسه ، بخلاف الخروج من بيت الزوج ؛ لأنه خروج مبتدأ فإذا كان من الجانبين جميعًا مسيرة سفر كانت منشئة للخروج باعتبار السفر فيتناوله التحريم ، وما حرم لأجل العدة لا يسقط بوجود المحرم . انظر : البدائع (٢٠٨/٣) ، وأسنى المطالب (٥٧/٤ ، ٥٨) .

٢٥٦٣٦ – وقال الشافعي [رحمه الله] : إذا كانت قد خرجت من بيوت المصر مضت على سفرها وإن كانت قد خرجت ولم تجاوز بيوت المصر ففيه وجهان (١) .

٢٥٦٣٧ – لنا : أنها مطلقة بينها وبين بلدها أقل من ثلاثة أيام فلزمها الاعتداد في منزله ، كما لو طلقها في السوق أو في صنيعتها .

٢٥٦٣٨ – ولأن المرأة تصير مسافرة بسفر الزوج وإن لم ينو السفر ، فإذا طلقها انقطع المعنى الذي صارت مسافرة به ، فصارت مقيمة كما لو نوت الإقامة . فإذا انقطع السفر صارت منشئة لسفر صحيح في حال عدتها من غير حاجة فلا يجوز كما لو أنشأتها من منزلها .

٢٥٦٣٩ – احتجوا بأن العدة وجبت عليها وهي مسافرة سفرًا صحيحًا ، فوجب أن لا تمنع من المضى على سفرها ، كما لو كان بينها وبين مقصدها أقل من ثلاثة أيام .

٢٥٦٤٠ – قلنا : الأصل غير مسلم إذا كان بينها وبين بلدها أقل من ثلاثة أيام ، وإذا كان بينها وبين بلدها ثلاثة أيام ، والموضع يصلح للإقامة فنقول : لما دفعت إلى إحدى المسافتين كان ما دون مدة السفر أولى من هذا السفر . قالوا : قطعها للسفر مشقة غليظة لأنها تنقطع عن رفقتها وتستوحش بالمقام في الغربة ، وذلك يبيح الانتقال كما لو كانت بسقوط بيتها وترجع للوراء .

٢٥٦٤١ – قلنا : المعتدة يلزمها المقام وإن أضَّر بها . بدلالة أن حبسها في منزل زوجها ضرر ووحشة .

٢٥٦٤٢ – قالوا قطعها للسفر مشقة فإذا اعتدت عدة ثم طلقت لزمها المقام ، وإن

---

(١) كل سفر مباح ولو سفر نزهة وزيارة فإذا وجبت العدة في الطريق فلها الرجوع إلى مسكنها وهو الأولى ولها المضي إلى غرضها لمشقة الرجوع مشقة ظاهرة وهي معتدة مضت أو عادت فإن مضت وبلغت المقصد قبل انقضاء العدة أو وجبت بعد أن بلغته أقامت فيه لقضاء حاجتها إن كانت ، وإلا فثلاثة أيام كاملة إن لم يقدر لها مدة يجب عليها الرجوع فورًا إن أمنت على نفسها ومالها ووجدت رفقة ولو قبل ثلاثة أيام في الأولى كما في الروضة وإن نازع فيه جمع لتعتد البقية في المسكن الذي فورقت فيه أو بقربه إذ يلزمها الرجوع فورًا وإن علمت انقضاء البقية قبل وصولها إليه وجبت قبل مفارقة العمران فيلزمها العود ، ولو أذن لها في النقلة لمسكن آخر في البلد وقدر لها مدة فانتقلت ، ثم لزمتها العدة أقامت به . وقياس ما تقرر أنها تعتد فيه ولا يجوز لها الرجوع للأول كما يصرح به كلامهم . ولو سافرت معه لحاجته ففارقها لزمها العود . نعم لها إقامة ثلاثة أيام كاملة بمحل الفرقة ؛ لأن سفرها كان تابعا لسفره ، وقد فات فأمهلت ذلك لا أكثر منه ؛ لأنه مدة تأهب المسافر غالبًا . انظر : تحفة المحتاج (٢٦٥/٨) .

أضر ذلك بها . وكذلك إذا لم تفارق بيوت المصر على أحد الوجهين . فأما إذا رأت سقوط البيت فذاك ضرورة أسقطت العبادة ، وهذه مشقة ، فلم تسقطها .

* * *

مسألة ١٢٦٦

سقوط بين الخلف

٢٥٦٤٣ – قال أصحابنا : إذا أسقطت سقطًا بينا خَلْقُه تنقضي به العدة [١] .

٢٥٦٤٤ – وقال الشافعي : إذا شهد أربع من النساء أنه حمل وأنه لو بقي لتصور فهو ولد وتنقضي به العدة . وهل تصير به أم ولد ؟ فيه قولان [٢] .

٢٥٦٤٥ – لنا : قول تعالى : ﴿ وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ ﴾ ولأنه معنى لم يتبين فيه خلقة آدمي فلم تنقض به العدة كالمني . ويجوز أن لا يكون ولدًا ، ويجوز أن يكون دمًا اجتمع ، أو قطعة من لحمها فلم يجز أن تنقضي عدتها بالشك .

٢٥٦٤٦ – ولأن الشهادة إنما تجوز بما يشاهد من خلق الولد في الرحم ، حتى يحكم على نظيره ، وإذا لم يكن لهم طريق إلى العلم بذلك لم يقبل قولهم .

٢٥٦٤٧ – احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ .

٢٥٦٤٨ – قلنا : لا نعلم أن ما وضعته حمل فدلوا عليه .

٢٥٦٤٩ – قالوا ثبت ذلك بالشهادة .

٢٥٦٥٠ – قلنا : إذا لم يكن للشاهد طريق إلى العلم لم يقبل قوله [٣] .

٢٥٦٥١ – ولأن شهادة النساء عندنا لا تثبت فيما يطلع عليه الرجال [٤] .

٢٥٦٥٢ – قالوا سقطت ، فدل على براءة رحمها كما لو لم يكن .

٢٥٦٥٣ – قلنا : الوصف غير مسلم في الأصل بأنا تيقنا أنه ولد .

---

(١) جاء في المبسوط : « فإن قالت قد أسقطت سقطًا مستبين الخلق أو بعض الخلق صدقت على ذلك لأنها مسلطة أمينة في الإخبار بما في رحمها . قال اللّه تعالى : ﴿ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ ٱللَّهُ فِىٓ أَرْحَامِهِنَّ ﴾ والنهي عن الكتمان أمر بالإظهار . وقال أبي بن كعب رضي اللّه تعالى عنه : إن من الأمانة أن تؤمّن المرأة على ما في رحمها فإذا أخبرت بذلك ، وكان محتملًا وجب قبول خبرها من غير بينة ، وإن اتهمها الزوج حلفها » . انظر : المبسوط (٢٧/٦) ، والبدائع (١٩٩/٣) .

(٢) قال الربيع : وفيه قول آخر أنها إذا قالت أسقطت سقطًا بان خلقه أو بعض خلقه لم يقبل قولها إلا بأن تأتي بأربع نسوة يشهدن على ما قالت ؛ لأن هذا موضع يمكن أن تراه النساء فيشهدن عليه . انظر : الأم (١٧٤/٦) ، والمجموع (٥٥٠/٢) .

(٣) قاعدة : « وإذا لم يكن للشاهد طريق إلى العلم لم يقبل قوله » .

(٤) قاعدة : « شهادة النساء لا تقبل فيما يطلع عليه الرجال » .

مسألة ١٢٦٧

صداق المرأة بعد انقضاء العدة

٢٥٦٥٤ - قال أبو حنيفة : لا تصدق المرأة في انقضاء عدتها في أقل من شهرين [1] .

٢٥٦٥٥ - وقال الشافعي : في اثنين وثلاثين يومًا ولحظة فاعتبر الأقل من الأكثر [2]

٢٥٦٥٦ - واعتبر أبو حنيفة في رواية الحسن أكثر الحيض ، وفي رواية أبي يوسف خمسة أيام .

٢٥٦٥٧ - لنا : أن ما لا تنقضي عدة الأمة بالشهور لا تصدق فيه الحرة كالشهر الواحد .

٢٥٦٥٨ - ولأن اتصال حيض المرأة أقل الحيض ، وطهرها أقل الطهر يخالف العادة ، والأمين إذا أخبر بخلاف العادة لم يلتفت إلى قوله [3] . أصله كالأب إذا قال أنفقت مال الصغير عليه في يوم واحد وهو مال كثير .

٢٥٦٥٩ - ولأن في تطويل المدة ضررا عليها ، وفي قصرها إسقاط حق الزوج وقد صدقناها في أقل الطهر ؛ لأنه لا حد ولا كثرة فوجب أن لا يعتبر حيضها أقل الحيض حتى لا يؤدي إلى إلحاق الضرر بالزوج .

٢٥٦٦٠ - احتجوا بأنها أمينة فيما تخبر به من الحيض ؛ لأن اللّٰه تعالى أمر بالرجوع إلى قولها ، وإذا أخبرت بالممكن قبل قولها .

٢٥٦٦١ - والجواب أن الأمين إذا خالف قوله الظاهر لم يلتفت إليه [4] .

---

(١) ولا تصدق في انقضائها في أقل من شهرين كذا في الحاوي القدسي ، وفي البزازية ، وإذا أسقطت تام الخلق أو ناقص الخلق بطل حق الرجعة لانقضاء العدة ، ولو قالت : ولدت لا تقبل بلا بينة فإن طلب يمينها باللّٰه تعالى لقد أسقطت بهذه الصفة حلفت اتفاقًا . ا هـ . انظر : البحر الرائق (٥٥/٤) .

(٢) أو ادعت انقضاء أقراء فإن كانت حرة وطلقت في طهر فأقل الإمكان اثنان وثلاثون يوما ولحظتان) بأن تطلق قبيل آخر طهرها فهذا قرء ثم تحيض الأقل ثم تطهر الأقل فهذا قرء ثان ثم تحيض وتطهر كذلك فهذا ثالث ثم تطعن في الحيض لتيقن الانقضاء فليست هذه اللحظة من العدة فلا تصح الرجعة فيها انظر : تحفة المحتاج (١٥٢/٨) .

(٣) قاعدة : الأمين إذا أخبر بخلاف العادة لم يلتفت إلى قوله . أصله كالأب إذا قال : أنفقت مال الصغير عليه في يوم واحد ، وهو مال كثير » .

(٤) قاعدة : الأمين إذا خالف قوله الظاهر لم يلتفت إليه » .

٢٥٦٦٢ - قالوا لو علق الطلاق بحيضها وقع الطلاق بقولها ، ولا تعتبر فيه العادة ولا أكثر الحيض .

٢٥٦٦٣ - قلنا : لما علق الطلاق بما لا يعلم إلا من جهتها صار كأنه علقه باختيارها ، وصار كقوله : إن أحببت الطلاق فأنت طالق . فأما هاهنا فالعدة عبادة عليها يتعلق بها حق لزوجها ولم يوجد من الزوج ما يقتضي الرضا بقوله فاعتبر فيه الوسط ولم يعتبر أدناه .

* * *

أكثر مدة الحمل

٢٥٦٦٤ - قال أصحابنا : أكثر مدة الحمل سنتان [١] .

٢٥٦٦٥ - وقال الشافعي : أربع سنين [٢] .

٢٥٦٦٦ - لنا : ما روي عن عائشة أنها قالت : « لا يبقى الولد في رحم أمه أكثر من سنتين ولو بظل مغزل » [٣] .

٢٥٦٦٧ - وروي أن الحمل أكثر من سنتين بقدر ما يتحول ظل المغزل ، وهذا أمر مغيب لا يعرف إلا بالتوقيف ، فكأنها روت ذلك عن رسول الله ﷺ .

٢٥٦٦٨ - ويدل عليه أن العادة أجراها الله تعالى في الحمل بتسعة أشهر فما زاد على ذلك أو نقص منه لا يثبت إلا بدليل من توقيف أو إجماع .

٢٥٦٦٩ - ولأنها مدة قدرت لانتقال الصبي من حال إلى حال فلا يجوز تقديرها بأربع سنين كمدة الرضاع .

٢٥٦٧٠ - ولأن ما لا تتقدر به مدة الرضاع لا يتقدر به مدة الحمل . أصله الخمس سنين .

٢٥٦٧١ - ولا يلزم السنتان لأن مدة الرضاع مقدرة بينهما فيما يلزم الأب من أجرة الرضاع .

---

(١) قال زفر : يستبرئها بحولين أكثر مدة الحمل . وكان أبو مطيع البلخي يقول : يستبرئها بتسعة أشهر ؛ لأنها مدة الحبل في النساء عادة . قال : والأول أصح ؛ لأن نصب المقادير بالرأي لا يكون وليس في ذلك نص . انظر : المبسوط (٤٥/٦) ، والبدائع (٢١٢/٣) .

(٢) جاء في مغني المحتاج : « أكثر مدة الحمل أربع سنين ، دليله الاستقراء ، وحكي عن مالك أنه قال : جارتنا امرأة محمد بن عجلان امرأة صدق وزوجها رجل صدق حملت ثلاثة أبطن في اثنتي عشرة سنة تحمل كل بطن أربع سنين ، وقد روي هذا عن غير المرأة المذكورة وقيل : إن أبا حنيفة حملت به أمه ثلاث سنين ، وفي صحته كما قال ابن شهبة نظر ؛ لأن مذهبه أكثر مدة الحمل سنتان فكيف يخالف ما وقع في نفسه . قال ابن عبد السلام : وهذا مشكل مع كثرة الفساد في هذا الزمان » . انظر : مغني المحتاج (٨٨/٥) .

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٤٤٣/٧) برقم (١٥٣٢٩) ، والدارقطني (٣٢٢/٣) برقم (٢٨٠) ، ونصب الراية (٢٦٤/٣) .

٢٥٦٧٢ - احتجوا بأن المرجع في مدة الحمل إلى الخلقة والجبلة وليس المرجع فيه إلى الشرع ، وإن علق الشرع به حكمًا [١] .

٢٥٦٧٣ - قالوا : وقد وجد أربع سنين فوجب المصير إليه .

٢٥٦٧٤ - قالوا : والدليل عليه أن الشافعي قال إن محمد بن عجلان [٢] مولى فاطمة بنت عتبة بن ربيعة « حملت أربع سنين » [٣] في هرِم بن حبان [٤] « حملته أربع سنين » [٥] وسمى هرمًا لاحتباسه في بطن أمه ومنظور بن زياد الفزاري حملته أمه « أربع سنين » قالوا وولد مالك بن أنس « لأكثر من سنتين » [٦] .

٢٥٦٧٥ - وقال القتبي ، قال الواقدي « سمعت نساء آل الجحاف من ولد زيد بن الخطاب [٧] يقلن ما حملت امرأة منا أقل من ثلاثين شهرًا » [٨] وإذا وجد هذا في الأعيان كان في العامة أكثر من أن يحصى .

٢٥٦٧٦ - والجواب أن هذا هو الدليل عليكم ، لأن الرواية لو صحت في هذا

---

(١) قاعدة : « المرجع في مدة الحمل إلى الخلقة والجبلة وليس المرجع فيه إلى الشرع ، وإن علق الشارع به حكمًا » .

(٢) هو : محمد بن عجلان أبو عبد الله القرشي المدني ، وكان عجلان مولى لفاطمة بنت الوليد بن عتبة بن ربيعة ابن عبد شمس ولد في خلافة عبد الملك بن مروان . حدث عن : أبيه وعبد الرحمن بن هرمز الأعرج وعمر بن شعيب وأبي حازم سليمان بن الأشجعي وغيرهم . حدث عنه : إبراهيم بن أبي عبلة ومنصور بن المعتمر وشعبة وسقيان وزيد بن أبي أنيسة وأخرون . مات ابن عجلان سنة ثمان وأربعين ومائة . انظر : سير أعلام النبلاء (٤٨٤/٦ : ٤٨١) .

(٣) انظر : سنن الدراقطني (٣٢٢/٣) برقم (٢٨٣) .

(٤) هو : هرم بن حبان العبدي ويقال الأزدي البصري ، حدث عن : عمر وروى عنه : الحسن البصري وغيره . قال ابن سعد : كان عاملًا لعمر ، وكان ثقة له فضل وعبادة . وقيل : سمي هرمًا لأنه بقي حملًا سنتين حتى طلعت أسنانه !! ولي بعض الحروب أيام عمر وعثمان في بلاد فارس ترجم له الذهبي في تاريخ الإسلام ولم يذكر تاريخ وفاته . انظر : سير أعلام النبلاء (٥/٩٠-٩٢) .

(٥) انظر : تلخيص الحبير (٤٧١/٣) .

(٦) انظر : الطبقات الكبرى ، القسم المتمم (٣٥٥/١) .

(٧) هو : زيد بن الخطاب بن نفيل بن عبد العزى بن رباح أبو عبد الرحمن القرشي العدوي أخو أمير المؤمنين عمر بن الخطاب وكان أسمر طويلًا جدًا ، شهد بدرًا والمشاهد كلها . وكان النبي قد آخى بينه وبين معن بن عدي العجلاني . وكانت راية المسلمين معه يوم اليمامة فلم يزل يقدم بها حتى قتل ، فوقعت الراية فأخذها سالم مولى أبي حذيفة وحزن عليه عمر . وكان عمر يقول : أسلم قبلي واستشهد قبلي . حدث عنه ابن أخيه : عبد الله وروى عنه : ولده عبد الرحمن بن زيد استشهد في ربيع الأول سنة اثنتي عشر . انظر : سير أعلام النبلاء (١٨٧/٣ : ١٨٦) .

(٨) انظر : الطبقات الكبرى - القسم المتمم (٣٥٥/١) .

وجب أن يكون في غير الأعيان أضعافه . ولو كان كذلك ظهر وانتشر كما ظهر نقصان الحمل عن تسعة أشهر ، فلما لم ينتشر علم أن هذه الروايات لم تثبت . وكيف يظن أن هذه عادة ظاهرة متقدمة في الشرع ثم يروى مخالفنا « أن رجلًا غاب عن امرأته أربع سنين فجاءت بولد فهم عمر برجمها » [1] ولو أن ذلك مستحيل عنده في العادة لم يبلغ به إلى الرجم ، ثم قد ذكر أبو داود أن امرأة ولدت لخمس سنين .

٢٥٦٧٧ - فإن قالوا : لو ثبت هذا لقلنا به .

٢٥٦٧٨ - قلنا ولو ثبت ما قلتم عندنا قلنا به ، وعلى أن الطريق إلى إثباته إن كان الوجود النادر فقد وجدنا ما روينا كما وجد ما رووه ، وكل منها ثبت بخبر واحد ، وإن كان الرجوع إلى عادة مستمرة لم يوجد في واحد من الأمرين ؛ لأن المرأة تخبر عن ظاهر أمر يجوز أن يكون بخلاف ظنها ؛ لأنها تستصغر الحبل العارض ، ثم تمضى مدة ويتصل الحبل بذلك ولا طريق لها إلا معرفة لأن الحبل استمر في تلك المدة .

٢٥٦٧٩ - فإن قالوا إن المرأة تعرف حملها بأمارة وبعد شهور ويوضع في التاسع .

٢٥٦٨٠ - قلنا هذا أيضًا لا يعلم إلا العادة إذا استمرت به واتصلت الأخبار عنه ، وهذا لا يوجد فيما يذكرونه فلم يجز إثبات ما يخالف العادة بخبر واحد لا يعلم المخبر به حقيقة ما يخبر عنه . والله أعلم / . ٢٩١/أ

* * *

(١) انظر : مصنف عبد الرزاق (٣٥٤/٧) .

مسائل الرضاع (١) [١٢٦٩ - ١٢٧٩]

(١) ذكرنا في كتاب النكاح أن المحرمات على التأبيد أنواع ثلاثة : محرمات بالقرابة ، ومحرمات بالصهرية ، ومحرمات بالرضاع ، وقد بينا المحرمات بالقرابة والصهرية في كتاب النكاح ، هذه المسائل لبيان المحرمات بالرضاع ، والخلاف في هذه المسائل يقع في ثلاثة مواضع : أحدها في بيان المحرمات بالرضاع ، والثانى في بيان صفة الرضاع المحرم ، والثالث في بيان ما يثبت به الرضاع . أما الأول : فالأصل أن كل من يحرم بسبب القرابة من الفرق السبع الذين ذكرهم الله ﷻ في كتابه الكريم نصًا أو دلالة على ما ذكرنا في النكاح يحرم بسبب الرضاعة ، إلا أن الحرمة في جانب المرضعة متفق عليها ، وفى جانب زوج المرضعة مختلف فيها . أما تفسير الحرمة في جانب المرضعة فهو أن المرضعة تحرم على المرضع لأنها صارت أما له بالرضاع فتحرم عليه لقوله ﷻ : ﴿ وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ ﴾ [النساء : ٢٣] معطوفًا على قوله تعالى : ﴿ حُرِّمَتۡ عَلَيۡكُمۡ أُمَّهَٰتُكُمۡ وَبَنَاتُكُمۡ ﴾ [النساء : ٢٣] فسمى سبحانه وتعالى المرضعة أم المرضع وحرمها عليه ، وكذا بناتها يحرمن عليه سواء كن من صاحب اللبن أو من غير صاحب اللبن من تقدم منهن ومن تأخر لأنهن أخواته من الرضاعة ، وقد قال الله ﷻ : ﴿ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ ﴾ لأنها أم ابنه من الرضاع فهى كأم ابنه من النسب . وأما صفة الرضاع المحرم : فالرضاع المحرم ما يكون في حال الصغر ، فأما ما يكون في حال الكبر فلا يحرم عند عامة العلماء وعامة الصحابة ﷺ إلا ما روي عن عائشة ﷺ أنه يحرم في الصغر والكبر جميعًا . واحتجت بظاهر قوله تعالى : ﴿ وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ ﴾ من غير فصل بين حال الصغر والكبر ، وروي أن أبا حذيفة تبنى سالمًا وكان يدخل على امرأته سهلة بنت سهيل ، فلما نزلت آية الحجاب أتت سهلة إلى رسول الله ﷺ وقالت : يا رسول الله قد كنا نرى سالمًا ولدًا وكان يدخل على وليس لنا إلا بيت واحد فماذا ترى في شأنه ؟ فقال لها رسول الله ﷺ : « أرضعيه عشر رضعات ثم يدخل عليك » وكان سالم كبيرًا ، فدل أن الرضاع في حال الصغر والكبر محرم . وقد عملت عائشة ﷺ بهذا الحديث بعد وفاة النبي ﷺ حتى روي عنها أنها كانت إذا أرادت أن يدخل عليها أحد من الرجال أمرت أختها أم كلثوم بنت أبي بكر ﷺ وبنات أخيها عبد الرحمن بن أبي بكر الصديق ﷺ أن يرضعنه ، فدل عملها بالحديث بعد موت النبي ﷺ على أنه غير منسوخ . وأما بيان ما يثبت به الرضاع : أي يظهر به فالرضاع يظهر بأحد أمرين : أحدهما الإقرار ، والثانى البينة . أما الإقرار : فهو أن يقول لامرأة تزوجها : هي أختى من الرضاع أو أمي من الرضاع أو بنتي من الرضاع ويثبت على ذلك ويصر عليه فيفرق بينهما . وقال مالك والشافعي : يفرق بينهما ، ولا يصدق على الخطأ وغيره . وجه قولهما أنه أقر بسبب الفرقة فلا يملك الرجوع ، كما لو أقر بالطلاق ثم رجع بأن قال لامرأته : كنت طلقتك ثلاثًا ثم قال أوهمت والدليل عليه أنه قال لأمته : هذه امرأتي أو أمي أو أختي أو ابنتي ثم قال : أوهمت أنه لا يصدق وتعتق كذا هاهنا . أما البينة : فهي أن يشهد على الرضاع رجلان أو رجل أو امرأتان ، ولا يقبل على الرضاع أقل من ذلك ، ولا شهادة النساء بانفرادهن . وهذا عندنا ، وقال الشافعي : يقبل فيه شهادة أربع نسوة . وجه قوله : أن الشهادة على الرضاع شهادة على عورة ، إذا لا يمكن تحمل الشهادة إلا بعد النظر إلى الثدي ، وإنه عورة فيقبل فيه شهادة النساء على الانفراد كالولادة . فدعت الضرورة إلى القبول ، وإذا شهدت امرأة على الرضاع فالأفضل للزوج أن =

مسألة ١٢٦٩

ثبوت التحريم بقليل الرضاع

٢٥٦٨١ - قال أصحابنا : قليل الرضاع يثبت به التحريم (١) وهو قول علي بن أبي طالب وابن مسعود وابن عباس وابن عمر (٢) .

= يفارقها لما روي عن محمد أن عقبة بن الحرث قال : تزوجت بنت أبي إهاب فجاءت امرأةٌ سوداءُ فقالت : إني أرضعتكما فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ فقال ﷺ : « فارقها » فقلت : إنها امرأة سوداء وإنها كيت وكيت ، فقال ﷺ : « كيف وقد قيل » . وفي بعض الروايات قال عقبة : فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ فأعرض ثم ذكرته فأعرض حتى قال في الثامنة أو الرابعة : « فدعها إذًا » . وقوله فارقها أو فدعها إذا ندبٌ إلى الأفضل والأولى . ألا ترى أنه ﷺ لم يفرق بينهما بل أعرض ولو كان التفريق واجبًا لما أعرض ، فدل قوله ﷺ فارقها على بقاء النكاح . وروي أن رجلًا تزوج امرأة فجاءت امرأة فزعمت أنها أرضعتهما فسأل الرجل عليًا ﷺ فقال : هي امرأتك ليس أحد يحرمها عليك فإن تنزهت فهو أفضل . وسأل ابن عباس ﷺ فقال له مثل ذلك ، ولأنه يحتمل أن تكون صادقة في شهادتها فكان الاحتياط هو المفارقة ، فإذا فارقها فالأفضل له أن يعطيها نصف المهر إن كان قبل الدخول بها ، لاحتمال صحة النكاح لاحتمال كذبها في الشهادة ، والفضل لها أن لا تأخذ شيئًا منه ، لاحتمال فساد النكاح لاحتمال صدقها في الشهادة ، وإن كان بعد الدخول فالأفضل للزوج أن يعطيها كمال المهر والنفقة والسكنى لاحتمال جواز النكاح ، والأفضل لها أن تأخذ الأقل من مهر مثلها ومن المسمى ، ولا تأخذ النفقة والسكنى لاحتمال الفساد . وإن لم يطلقها فهو في سعة من المقام معها ؛ لأن النكاح قائم في الحكم ، وكذا إذا شهدت امرأتان أو رجل وامرأة أو رجلان غير عدلين أو رجل وامرأتان غير عدول لما قلنا . وإذا شهد رجلان عدلان أو رجل وامرأتان وفرق بينهما فإن كان قبل الدخول بها فلا شيء لها لأنه تبين أن النكاح كان فاسدًا ، وإن كان بعد الدخول بها يجب الأقل من المسمى ومن مهر المثل ، ولا تجب لها النفقة والسكنى في سائر الأنكحة الفاسدة .

(١) جاء في البدائع : « ويستوي في الرضاع المحرم قليله وكثيره عند عامة العلماء وعامة الصحابة ﷺ . وروي عن عبد الله بن الزبير وعائشة ﷺ أن قليل الرضاع لا يحرم ، وبه أخذ الشافعي فقال : لا يحرم إلا خمس رضعات متفرقات ، واحتج بما روي عن عائشة ﷺ أنها قالت : « كان فيما نزل عشر رضعات يحرمن ، ثم صرن إلى خمس فتوفي النبي ﷺ وهو فيما يقرأ » . وروي عن النبي ﷺ أنه قال : « لا تحرم المصة والمصتان ولا الإملاجة والإملاجتان ولأن الحرمة بالرضاع لكونه منبتًا للحم ومنشزا للعظم وهذا المعنى لا يحصل بالقليل منه فلا يكون القليل محرمًا . ولنا قوله ﷻ : ﴿ وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ ﴾ مطلقًا عن القدر . وروي عن علي وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس ﷺ أنهم قالوا : قليل الرضاع وكثيره سواء ، وروي عن ابن عمر ﷺ أنه قال : الرضعة الواحدة تحرم » . انظر البدائع (٤/٨) ، والمبسوط (٥/١٣٥) .

(٢) انظر : السنن الكبرى للبيهقي (٧/٤٥٨) .

٢٥٦٨٢ – وقال الشافعي : يقع التحريم بخمس رضعات [١] .

٢٥٦٨٣ – وهو قول عائشة وابن الزبير وقال زيد بن ثابت يقع التحريم بثلاث رضعات [٢] .

٢٥٦٨٤ – لنا : قوله تعالى : ﴿ وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ ﴾ وذلك عام في قليل الرضاع وكثيره .

٢٥٦٨٥ – فإن قيل هذا ليس برضاع قلنا : هذا اسم مشترك من فعل ، فينطلق على وجود جنس الفعل كالضرب .

٢٥٦٨٦ – فإن قيل : الآية تقتضي أن الأم تكون مرضعة وليس فيها أن كل مرضعة تكون أمًّا .

٢٥٦٨٧ – قلنا : الرضاع تصير به المرأة أمًّا بالإجماع ، فلا فرق بين أن يكون بقول ﴿ وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ ﴾ أو بقول : اللآتي أرضعنكم أمهاتكم ، كما أن الولادة لما صارت بها أمًّا لم يفرق بين قوله : ﴿ أُمَّهَٰتُهُمۡ إِلَّا ٱلَّٰٓـِٔي وَلَدۡنَهُمۡۚ ﴾ أو اللآتي ولدنكم أمهاتكم .

٢٥٦٨٨ – ولأن المراد بالآية تحريم من تصير أمًّا بالرضاعة ، ولم يرد أن يبين كل من كانت أمًّا قبل الرضاع . وقد فهمت الصحابة من الآية ما ذكرنا ؛ لأن ابن عمر لما بلغه

---

(١) (قال الشافعي) ولو أخذ ثديها الواحد فأنفذ ما فيه ثم تحول إلى الآخر مكانه فأنفذ ما فيه كانت هذه رضعة واحدة ؛ لأن الرضاع قد يكون بقية النفس والإرسال والعودة كما يكون الطعام والشراب بقية النفس وهو طعام واحد ولا ينظر في هذا إلى قليل رضاعه ولا كثيره إذا وصل إلى جوفه منه شيء فهو رضعة وما لم يتم خمسًا لم يحرم بهن (قال الشافعي) والوجور كالرضاع وكذلك السعوط لأن الرأس جوف (قال الشافعي) فإن قال قائل : فلم لم تحرم برضعة واحدة وقد قال بعض من مضي أنها تحرم ؟ قيل بما حكينا أن عائشة تحكي أن الكتاب يحرم عشر رضعات ثم نسخن بخمس ، وبما حكينا أن النبي ﷺ قال : « لا تحرم الرضعة ولا الرضعتان » وأمر رسول الله ﷺ أن يرضع سالم خمس رضعات ليحرم بهن ، فدل ما حكت عائشة في الكتاب وما قال رسول الله ﷺ أن الرضاع لا يحرم به على أقل اسم الرضاع ولم يكن في أحد مع النبي ﷺ حجة ، وقد قال بعض من مضي بما حكت عائشة في الكتاب ثم في السنة والكفاية فيما حكت عائشة في الكتاب ثم في السنة . فإن قال قائل فما يشبه هذا ؟ قيل قول الله ﷻ : ﴿ وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقۡطَعُوٓاْ أَيۡدِيَهُمَا ﴾ فسن النبي ﷺ القطع في ربع دينار وفي السرقة من الحرز وقال تعالى : ﴿ ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجۡلِدُواْ كُلَّ وَٰحِدٖ مِّنۡهُمَا مِاْئَةَ جَلۡدَةٖ ﴾ فرجم النبي ﷺ الزانيين الثيبين ولم يجلدهما فاستدللنا بسنة رسول الله ﷺ على أن المراد بالقطع من السارقين والمائة من الزناة بعض الزناة دون بعض وبعض السارقين دون بعض لا من لزمه اسم سرقة وزنا ، فهكذا استدللنا بسنة رسول الله ﷺ أن المراد بتحريم الرضاع بعض المرضعين دون بعض لا من لزمه اسم رضاع . الأم (٢٩/٥ ، ٣٠) ، تحفة المحتاج (٢٨٩/٨) .

(٢) انظر : السنن الكبرى للبيهقي (٤٥٤/٧) .

أن ابن الزبير يفتي بوقوع التحريم بخمس رضعات قال : قضاء الله أولى من قضاء ابن الزبير[١] ، واحتج بالآية .

٢٥٦٨٩ - ويدل عليه قوله تعالى : ﴿ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ ﴾ ولم يفصل والرضاعة مصدر فتناول القليل والكثير

٢٥٦٩٠ - ويدل عليه ما روي في حديث أفلح أن عائشة وكان عمها من الرضاعة فقال رسول الله ﷺ : « يلج عليك أفلح فقالت : إنما أرضعتني المرأة فقال : دعيه يلج عليك فإنه عمك ، ولم يسأل عن مقدار الرضاع » [٢] .

٢٥٦٩١ - وروي في قصة المرأة التي قالت للزوجين : إني أرضعتكما [٣] فقال النبي ﷺ : فارقها ، فقال : إنها سوداء قال : « كيف وقد قيل » ولم يسألها عن قدر الرضاع ولا عدده .

٢٥٦٩٢ - ويدل عليه قول رسول الله ﷺ « الرضاعة من المجاعة » [٤] ، « والرضاع ما أنبت اللحم وأشد العظم » [٥] ، « والرضاع ما فتق الأمعاء » [٦] ولم يفصل .

٢٥٦٩٣ - فإن قيل هذه الأوصاف لا توجد في القليل .

٢٥٦٩٤ - قلنا : وكذلك العدد لا يوجد فيه هذا المعنى وإنما أراد النبي ﷺ بيان جنس ما يقع به هذا المعنى وهو موجود في القليل ؛ لأن له تأثيرًا عند وجود الكثير في إنبات اللحم .

٢٥٦٩٥ - واحتج أصحابنا أيضًا بما روي عن علي بن أبي طالب أن رسول الله ﷺ قال : تحرم الجرعة من الرضاعة كما يحرم الحولان الكاملان . ذكره الحسن بن سفر في مسنده عن زادان عن علي كرم الله وجهه .

٢٥٦٩٦ - فإن قيل لا يحرمان فقد شبه الجرعة التي لا تحرم بالحولين وهما لا يحرمان .

---

(١) السنن الكبرى للبيهقي (٧/٤٥٨) .

(٢) متفق عليه ، أخرجه البخاري (٤/١٨٠١) برقم (٤٥١٨) باب قوله : إن تبدوا شيئًا أو تخفوه إلخ ، ومسلم في صحيحه (٢/١٠٦٩) برقم (١٤٤٥) باب تحريم الرضاعة من ماء الفحل .

(٣) أخرجه البخاري (٢/٧٢٤) برقم (١٩٤٧) باب تغيير المشبهات ، وابن شيبة في مصنفه (٣/٤٩٧) .

(٤) أخرجه البخاري (٢/٩٣٦) برقم (٢٥٠٤) باب الشهادة على الأنساب ، ومسلم في صحيحه (٢/٧٢٤) برقم (١٤٥٥) باب « إنما الرضاعة من المجاعة » .

(٥) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٣/٥٤٨) ، والإمام أحمد في مسنده (١/٤٣٢) برقم (٤١١٤) .

(٦) أخرجه الدارقطني في سننه (٤/١٧٣) برقم (٦) .

٢٥٦٩٧ - قلت قوله كما يحرم الحولان دليل على أنه أراد تحريم الجرعة ما تحرمه الرضاعة في الحولين الكاملين .

٢٥٦٩٨ - ولأنه معنى موجب تحريمًا مؤبدًا فوجب أن يتعلق بمرة واحدة ، أو لا يعتبر فيه العدد ، أو فلا يعتبر فيه . أصله الوطء ، وعقد النكاح . وإنما اعتبرنا الحكم ، لأن من أصحابهم من يقول : لا يعتبر العدد وإنما يعتبر القدر .

٢٥٦٩٩ - الصحيح عندهم اعتبار خمس رضعات متفرقات .

٢٥٧٠٠ - فإذا قلت في العلة فوجب أن يتعلق بمرة واحدة ولا يعتبر فيه عدد أولا قدر لم يمكنهم القول بموجبها على الوجهين . ولا يلزم الطلاق واللعان لأن العدد معتبر فيهما ، ولأن كل واحد منهما لا يوجب تحريمًا مؤبدًا .

٢٥٧٠١ - فإن قيل إيجاب التحريم المؤبد يقتضي التأكيد ، ولا يعلق عليه حكم التخفيف وهو إسقاط العدد .

٢٥٧٠٢ - قلنا : إذا اقتضى الوصف الغليظ والحكم تعليق التحريم بالقليل والكثير فقد غلظنا الحكم كما غلظنا الوصف .

٢٥٧٠٣ - فإن قيل المعنى في الوطء أنه لا يختص بزمان فلم يختص بمقدار . ولما اختص الرضاع بزمان جاز أن يختص بمقدار .

٢٥٧٠٤ - قلنا علة الأصل تبطل باللعان فإنه لا يختص بزمان ويختص بمقدار ، وعلة الفرع تبطل بالفطر فإنه يختص بزمان النهار ، ولا يعتبر فيه عدد .

٢٥٧٠٥ - فإن قيل الوطء لا يوجب التحريم بين الفاعل والمفعول ، وإنما يوجب بينهما وبين غيرهما . والرضاع أثبت التحريم بين الفاعل والمفعول ، فلذلك اعتبر فيه العدد .

٢٥٧٠٦ - قلنا : المرأة إذا أرضعت الصبية فالتحريم لا يحصل بينهما ، وإنما يحصل بينهم وبين غيرهما ، ويعتبر فيه العدد عندهم .

٢٥٧٠٧ - فإن قيل : المعنى في الوطء أنه ثبت به الفراش فلم يعتبر فيه العدد .

٢٥٧٠٨ - قلنا وطء الأمة لا تصير به فراشًا عندنا [1] ، وهو أصل علتنا فلا نسلم به للمعارض ولأنه حكم يتعلق بوصول واصل إلى الجوف فوجب أن لا يعتبر فيه عدد لا

---

(١) جاء في البدائع : « بخلاف الأمة القنة أو المدبرة ؛ لأنه لا يثبت نسب ولدها ، وإن حصنها المولى وطلب ولدها بدون الدعوة عندنا ، فلا تصير فراشًا بدون الدعوة » . انظر : البدائع (١٣٠/٤) .

يقدر كالإفطار .

٢٥٧٠٩ - فإن قيل الإفطار لا يختص بالوصول من الفم .

٢٥٧١٠ - قلنا : وكذلك الرضاع عندنا ، لأن السقوط يتعلق به التحريم .

٢٥٧١١ - ولأنه حكم يتعلق بوصول واصل إلى الجوف على وجه التغليظ فلا يعتبر فيه العدد . أصله وجوب الحد بشرب الخمر .

٢٥٧١٢ - ولأن كل حكم لا يتعلق بالرضعة الواحدة لا يتعلق بالخمس . أصله رضاع الكبير ، ولأن لبنها وصل إلى جوف الصبي في مدة الرضاع ، فصار كالخمس رضعات .

٢٥٧١٣ - ولا يلزم إذا حصرته ، لأنا نسوى بين الأصل والفرع ، وإن ثبت فعل وصل من فمه .

٢٥٧١٤ - احتجوا : بما روى عن رسول الله ﷺ أنه قال : « لا تحرم الرضعة ولا الرضعتان ولا المصة ولا المصتان ولا الإملاجة ولا الإملاجتان » [1] .

٢٥٧١٥ - والجواب أن المصة والإملاجة عندنا لا تحرم ، لأنها قد توجد فلا ينفصل بها اللبن ، لضعف الصغير حتى يكرر المص ؛ فقد قلنا بظاهر الخبر وقوله ولا الرضعة ولا الرضعتان فهو تأويل الراوي معنى الرضعة . والمشهور في الخبر ذكر المصة والإملاجة . ولأن إثبات التحريم ونفيه إنما يقال في اللبن الذي يوصف بالتحريم والتحليل ، فأما الصغير فلا يثبت في حقه تحريم ، فعلم أن الخبر في رضاع الكبير ، وقد كان العدد معتبرًا فيها ؛ لأنه لا يكتفي به الصغير ولم ينسخ رضاع الكبير فسقط العدد .

٢٥٧١٦ - ولهذا روى طاوس عن ابن عباس أنه سئل عن الرضاع فقيل له : الناس يقولون : لا يحرم الرضعة ولا الرضعتان [2] قال وقد كان ذلك فأما اليوم فإن الرضعة الواحدة تحرم . فقال ابن مسعود إن الرضاع قليله وكثيره يحرم [3] فقد رويا النسخ ، فدل على أن الخبر في رضاع الكبير .

٢٥٧١٧ - ولأن قوله : « لا تحرم المصة ولا المصتان » دليل على أن الثلاث تحرم . وعندهم أن تلك الثلاث لا تحرم . وعندهم أن دليل الخطاب كالنطق ، وهو خلاف

---

(١) أخرجه الأمام مسلم في صحيحه (١٠٧٤/٢) برقم (١٤٥١) باب في المصة والمصتان ، وابن ماجة في سننه (٦٢٤/١) برقم (١٩٤٠) باب لا تحرم المصة ولا المصتان .

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٣٨٧/٣) ، وأحكام القرآن للجصاص (١٨٠/٢) .

(٣) انظر : السنن الكبرى للبيهقي (٤٥٨/٧) .

قولهم . [فإن قيل] [١] كل من أثبت التحريم بالثلاث أثبته بالرضعتين .

٢٥٧١٨ – قلنا : غلط زيد بن ثابت التحريم بالثلاث ولا يثبته دونها وهو مذهب أبي ثور وأهل الظاهر [٢] .

٢٥٧١٩ – فإن قيل هذا الدليل قد عارضه صريح نطق بخلافه فهو أولى منه .

٢٥٧٢٠ – قلنا وكذلك نطقه قد عارضه نطق آخر ، فهو أولى منه ، وهو خبر على ابن أبي طالب ، وثبت نسخه عندنا بحديث ابن مسعود وابن عمر .

٢٥٧٢١ – احتجوا : بما روي أن سهلة بنت سهيل بن عمرو امرأة أبي حذيفة جاءت إلى رسول اللّه ﷺ فقالت : « كنا نرى سالمًا ولدًا ، وكان يدخل عليَّ ، وليس لنا إلا بيت واحد ، وقد أنزل اللّه ما تعلم فما تأمرني يا رسول اللّه ؟ فقال لها : أرضعي سالمًا خمس رضعات يحرم بهن عليك » [٣] .

٢٥٧٢٢ – والجواب أن هذا يدل على أنه يحرم بالخمس ولا ينفي الحكم عما دونها .

٢٥٧٢٣ – ولأنه في رضاع الكبير ، فقد كان من شرط رضاع الكبير العدد ، فلما نسخ رضاع الكبير سقط حكم العدد .

٢٥٧٢٤ – فإن قيل إذا نسخ رضاع الكبير لم ينسخ العدد . وهذا كقول للّه تعالى : ﴿ فَٱسْتَشْهِدُوا۟ عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِّنكُمْ ۖ فَإِن شَهِدُوا۟ فَأَمْسِكُوهُنَّ فِى ٱلْبُيُوتِ ﴾ ثم نسخ الإمساك في البيوت بقوله ﴿ فَٱجْلِدُوا۟ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا مِا۟ئَةَ جَلْدَةٍ ۖ ﴾ ولم ينسخ العدد في الشهادة .

٢٥٧٢٥ – قلنا : إذا كان التحريم يتعلق بما ينبت اللحم ، والكبير لا يتغذى بما يتغذى به الصغير ، سقط العدد بسقوط رضاع الكبير .

٢٥٧٢٦ – احتجوا : بما روى مالك عن عبد اللّه بن أبي بكر بن محمد بن عمر بن حزم عن عمرة بنت عبد الرحمن عن عائشة أنها قالت : « كان فيما أنزل اللّه ﷻ في القرآن عشر رضعات معلومات / يحرمن » [٤] ثم نسخن بخمس معلومات ، فتوفي رسول اللّه ﷺ « وهن مما يقرأ في القرآن » .

(١) ما بين المعكوفتين ساقط (م ، ن ، ع) ، من صلب (ص) واستدركها المصنف في الهامش .

(٢) انظر : المحلى (١٠/١٩٢) .

(٣) انظر : مصنف عبد الرزاق (٧/٤٦٠) برقم (١٣٨٨٩) .

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه (٢/١٠٧٥) برقم (١٤٥٢) باب التحريم بخمس رضعات ، والإمام مالك في موطئه (٢/٦٠٨) برقم (١٢٧٠) .

٢٥٧٢٧ - وهذا يدل على أن الشرع قد استقر على أن المحرم من الرضاع خمس رضعات .

٢٥٧٢٨ - قلنا : عبد الله بن أبي بكر ضعيف عندهم . قال سفيان بن عيينة : « كنا إذا رأينا الرجل يكتب الحديث عن أربعة سخرنا منه ، لأنهم كانوا لا يعرفون الحديث . منهم عبد الله بن أبي بكر » .

٢٥٧٢٩ - وقد روى حماد بن سلمة عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه عن عمرة عن عائشة قالت : « كان فيما نزل من القرآن ثم سقط أنه لا يحرم إلا عشر رضعات أو خمس رضعات » [1] وهذا يقتضي أن يكون حكم العشرة والحكم منسوخ .

٢٥٧٣٠ - ولأن في هذا الخبر أن الخمس رضعات كانت تتلى ، وكانت في صحيفة إلى يوم توفى رسول الله ﷺ فتشاغل أصحابه بغسله ودفنه فدخلت داجن الحي فأكلتها [2] .

٢٥٧٣١ - ومستحيل أن يتلى القرآن إلى يوم وفاة رسول الله ﷺ ناسخًا أومنسوخًا ثم ينساه الناس جميعًا ، وكيف يظن أن القرآن تأكله داجن فيذهبه والله تعالى ضمن حفظه .

٢٥٧٣٢ - وقولهم إن العشر رضعات نسخ حكمها ورسمها ولم ينسخ حكمها فكانت تتلى منسوخة ليس بصحيح ؛ لأن عائشة لم تذكر نسخ رسم الخمسة .

٢٥٧٣٣ - ولأنه إذا تلى منسوخًا إلى يوم وفاة رسول الله ﷺ لم يجز أن يجهله كل الصحابة .

٢٥٧٣٤ - فإن قيل هذا كما روى عن عمر أنه قال كان مما يتلى « الشيخ والشيخة إذ زنيا فارجموهما البتة نكالًا من الله » [3] .

٢٥٧٣٥ - قلنا : خبر عمر لم يثبت به الرجم عندنا بالطريقة التي لم يثبت بها هذا الخبر ، وإنما أثبتناه بخبر ماعز ، على أنه لو ثبت كان منسوخ التلاوة [4] . والرسم ما روينا عن ابن مسعود أنه آل أمر الرضاع إلى أن قليله وكثيره يحرم . وعن ابن عباس أنه قال : في الرضعة والرضعتين[5] قد كان ذلك ، فأما اليوم فالرضعة الواحدة تحرم . والنسخ يثبت بقول الصحابة .

---

(١) رواه الترمذي (٤٥٨/٣) برقم (١١٥٢) باب ما جاء في ذكر أن الرضاعة لا تحرم إلا في الصغر دون الحولين .

(٢) انظر : تفسير القرطبي (١١٣/٤) .

(٣) أخرجه الإمام أحمد في مسنده (١٨٣/٥) ، وانظر : تفسير (٨٩/٥) .

(٤) أخرجه الإمام أحمد في مسنده (٩٦/٥) .

(٥) سبق تخريجه .

٢٥٧٣٦ – ولأنها قالت « نسخت بخمس يحرمن » وقد بينا أن التحريم لا يثبت في حق الكبير ، وقد كان العدد شرطًا في رضاع الكبير ، فلما نسخ سقط حكم العدد .

٢٥٧٣٧ – قالوا معنى يباح به رفع النكاح ، ويحرم الوطء فجاز أن يعتبر فيه العدد . أصله الطلاق واللعان .

٢٥٧٣٨ – قلنا الرضاع قد يكون مباحًا وقد يكون محظورًا إذا تزوج رجل صغيرة فأرضعتها زوجته ليفسد نكاحها أو أرضعتها أمته . وإذا سقط قولهم انتقضت العلة بالرد فتنقض العلة . ثم إن وطأ امرأته بشبهة وهو لا يدري ، وهذا وطء لا يوصف بالحظر ولا يعتبر فيه العدد واللعان غير مسلم ، لأن رفع العقد والتحريم لا يقع به ، وإنما يقع بحكم الحاكم عندنا ، ونعكس في الطلاق فنقول فلا يختص التحريم بعدد أصله الطلاق .

٢٥٧٣٩ – قالوا ما يقطع النكاح ضربان أفعال وأقوال ، فإذا كنا في الأقوال ما نرى عاقبة العدد كذلك في الأفعال .

٢٥٧٤٠ – قلنا : قطع النكاح في الأقوال لا يقف على العدد ؛ لأن الطلاق قبل الدخول والطلاق بعوض بقطع النكاح ، ولا عدد ، فإنما يعتبر العدد لتأكيد التحريم ، فلذلك قَطْعُ النكاح بالرضاع لا يفتقر إلى عدد ، وقد يتأكد بالعدد التحريم ؛ لأن العدد إذا حصل بأثر التحريم بإجماع لم يسع الاجتهاد في الإباحة .

٢٥٧٤١ – قالوا : إرضاع تعدى عن عدد فصار كاللبن المشوب بالماء .

٢٥٧٤٢ – قلنا إذا غلب الماء فنوعه لا يكتفي به الصبي في العدد وفي مسأتنا بخلافه والوصف غير مسلم ؛ لأن الماء إذا غلب على اللبن فليس برضاع ولا يتناوله الاسم .

٢٥٧٤٣ – قالوا : الرضعة الواحدة لا يحصل به إنبات اللحم وإنشاز العظم .

٢٥٧٤٤ – قلنا : وكذلك الخمس وإنما المعتبر الجنس الذي يقع به هذا المعنى .

* * *

مدة الرضاع التي يقع بها التحريم

٢٥٧٤٥ - قال أبو حنيفة : مدة الرضاع الذي يقع به التحريم ثلاثون شهرًا وقال أبو يوسف ومحمد حولان [١] .

٢٥٧٤٦ - وبه قال الشافعي [٢] .

٢٥٧٤٧ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَحَمْلُهُ وَفِصَٰلُهُ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا ﴾ أضاف الأمرين إلى هذه المدة وهي لا تتضايق عنها فيكون جميعًا مدة الرضاع ومدة الحمل .

---

(١) جاء في البدائع : « وإذا ثبت أن رضاع الكبير لا يحرم ورضاع الصغير محرم فلا بد من بيان الحد الفاصل بين الصغير والكبير في حكم الرضاع وهو بيان مدة الرضاع المحرم . وقد اختلف فيه . قال أبو حنيفة : ثلاثون شهرًا ولا يحرم بعد ذلك سواء فطم أو لم يفطم ، وقال أبو يوسف ومحمد : حولان لا يحرم بعد ذلك فطم أو لم يفطم ، وهو قول الشافعي وقال زفر : ثلاثة أحوال وقال بعضهم : خمس عشرة سنة . وقال بعضهم : أربعون سنة . احتج أبو يوسف ومحمد بقوله : ﴿ وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ ﴾ جعل الله تعالى الحولين الكاملين تمام مدة الرضاع ، وليس وراء التمام شيء ، وبقوله تعالى : ﴿ وَفِصَٰلُهُ فِى عَامَيْنِ ﴾ وقوله ﷻ : ﴿ وَحَمْلُهُ وَفِصَٰلُهُ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا ﴾ وأقل مدة الحمل ستة أشهر فبقي مدة الفصال حولين » . انظر البدائع (٤/٧) .

(٢) في مغني المحتاج : « فإن زالت أوصافه الثلاثة حسًا وتقديرًا وشرب الرضيع الكل أو شرب البعض حرم في الأظهر لوصول اللبن إلى الجوف ، وليس كالنجاسة المستهلكة في الماء الكثير حيث لا يؤثر ، فإنها تجتنب للاستقذار وهو مندرج بالكثرة ، ولا كالخمر المستهلكة في غيرها حيث لا يتعلق بها حد ، فإن الحد منوط بالشدة المزيلة للعقل والثاني : لا يحرم لأن المغلوب المستهلك كالمعدوم ، والأصح أن شرب البعض لا يحرم لانتفاء تحقق وصول اللبن منه إلى الجوف ، فإن تحقق كأن بقي من المخلوط أقل من قدر اللبن حرم جزمًا . ويشترط كون اللبن قدرًا يمكن أن يسقى منه خمس دفعات لو انفرد كما عن السرخسي وأقره ، ومحل الخلاف ما إذا شرب من المختلط خمس دفعات أو كان حلب في خمس آنية كما مر أو شرب منه دفعة بعد أن سقي اللبن الصرف أربعًا ، فإن زالت الأوصاف الثلاثة اعتبر قدر اللبن بماء له لون قوي يستولي على الخليط ، فإن كان ذلك القدر منه يظهر في الخليط ثبت التحريم وإلا فلا ، وقد يفهم تقييده بالمائع أن خلطه بالجامد لا يحرم ، وليس مرادًا ، فقد مر أنه عجن به دقيق يحرم ، وسكت عن استواء الأمرين ، وحكمه يؤخذ من الثانية بطريق الأولى ، ولبن المرأتين المختلط يثبت أمومتهما ، وفي المغلوب من اللبنين التفصيل المذكور فيثبت الأمومة الغالبة اللبن ، وكذا لمغلوبته بشرطه السابق ، ولا يضر في التحريم غلبة الريق لقطرة اللبن الموضوعة في الفم إلحاقًا له بالرطوبات في المعدة ويُحَرِّم براء مشددة مكسورة إيجار وهو صب اللبن في الحلق لحصول التغذية به كالارتضاع . انظر : الأم (٥٦٢/١) ، نهاية المحتاج (١٧٦/٧) .

٢٥٧٤٨ - فإن قيل : روى عن ابن عباس أنه قال : هذه الآية فيها أكثر مدة الرضاع وأقل مدة الحمل لأنه تعالى قال : ﴿ وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ﴾ فبان أن المدة منقسمة عنده فيبقى ستة أشهر مدة الحمل .

٢٥٧٤٩ - قلنا قال اللّٰه تعالى : ﴿ حَمَلَتْهُ أُمُّهُۥ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا ﴾ والمراد بذلك الحمل بالألف وهو الحجر ، حتى لا يؤدي إلى حكم اللفظ على التكرار .

٢٥٧٥٠ - فأما قول بن عباس فلا حجة فيه ، وقد خالفته عائشة ، وقالت : لا تتقدر مدة الرضاع ؛ قال رسول اللّٰه ﷺ : « لا يُحرِّمُ من الرضاعة إلا ما فتق الأمعاء في الثدي »[١] وكان قبل الفطام .

٢٥٧٥١ - فإذا اختلفوا وجب الرجوع إلى الدليل .

٢٥٧٥٢ - يدل عليه أن اللّٰه تعالى قال : ﴿ وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ ﴾][٢] وقال تعالى : ﴿ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَن تَرَاضٍ مِّنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا ﴾ والفاء للتعقيب فأثبت الفصال بعد الحولين بتراضيهما وعند مخالفنا الانفصال بالتراضي ثم قال : ﴿ وَإِنْ أَرَدتُّمْ أَن تَسْتَرْضِعُوٓا۟ أَوْلَٰدَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ ﴾ وهذا يفيد ما بعد الحولين باتفاق فعلم أنه إذا استرضع ثبت الرضاع . ويدل عليه قوله تعالى : ﴿ وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِىٓ أَرْضَعْنَكُمْ ﴾ ولم يفصل . ويدل قوله ﷺ : « الرضاعة من المجاعة ما أنبت اللحم وأنشز العظم »[٣] وهذا موجود بعد الحولين .

٢٥٧٥٣ - ولأن مدة الرضاع لو كانت مبينة في القرآن لم يعلق ﷺ ذلك بأمر مجتهد فيه ؛ لأن الاجتهاد لا يدخل مع النص فكان يجب أن يقول الرضاع المدة المذكورة في القرآن ، فلما علقه بأمر مجتهد فيه دل على أن النص لم يتناوله .

٢٥٧٥٤ - ولأن كل مدة يلزم الأب فيها نفقة الرضاع باتفاق جاز أن يزاد عليها كالسنة الواحدة . ولأنها مدة لتربية الصغير ؛ لأنها مدة تنقل الصبي من حال إلى حال فجاز أن يزاد على مدته . أصله مدة البلوغ . ولأنها مدة لتربية الصبي فجاز أن يزاد على السنتين أصله مدة الحضانة . ولأنها مدة لنقل الصبي من غذاء إلى غذاء فجاز أن يزاد على معيارها . أصله مدة الحمل .

---

(١) سبق تخريجه في مسألة رقم (١) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط (م ، ن ، ع) ، من صلب (ص) واستدركها المصنف في الهامش .

(٣) سبق تخرجه في المسألة رقم (١) .

٢٥٧٥٥ – [ولأن السنتين والستة أشهر كل واحدة منهما معتاد] [١] باتفاق فإذا جاز أن يعتاد أحد المدتين بنفسها للرضاع جازت الأخرى . ولأن كل مدة جاز أن يمتد الحمل إليها جاز أن يزيد مدة الرضاع عليها . أصله التسعة أشهر .

٢٥٧٥٦ – احتجوا بقوله تعالى : ﴿ وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا ﴾ . وقد جعلنا هذه الآية دلالة لنا ، وبينا أن إضافة الأمرين إلى المدة وهي لا تتضايق عنها تقضى إضافة كل واحد إلى جميعها .

٢٥٧٥٧ – ولو سلمنا ما قالوا لم يكن ذلك بيانًا لعلة الفصال وإنما هو بيان لأول مدة الفصال . ألا ترى أنه فرق بين الحمل والفصال ، وأراد أقل مدة الحمل ، كذلك أراد أقل مدة الفصال .

٢٥٧٥٨ – احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ ﴾ وبقوله : ﴿ وَفِصَٰلُهُۥ فِى عَامَيْنِ ﴾ .

٢٥٧٥٩ – والجواب أن رضاع الأم لا يثبت به تحريم ، فعلم أن الفصال المذكور فيه ليس هو فصال في التحريم ، وإنما هو وجوب النفقة على الأب . وكذلك نقول : إن الأب يجب عليه النفقة في الحولين بغير اختياره ، والفصال قبلها ثبت باتفاقهما ، والرضاع بعدها ثبت بإقامتها أو باختيار الأم من الأمرين ، من غير أن يجب على الأب نفقة .

٢٥٧٦٠ – احتجوا : بقوله ﷺ : « لا رضاع بعد الفصال » [٢] .

٢٥٧٦١ – والجواب أنه إذا فعل الفصال لم يثبت الرضاع بعده عندنا ، لأن الأم إذا قطعت الرضاع فاكتفى الصبي بالغذاء ، فقد حصل الفصال فلم يثبت به تحريم الرضاع ، سواء كان ذلك في الحولين أو عند تمامهما ، فقد قلنا بظاهر الخبر ومخالفنا يحمله على وقت الفصال . وهذا ترك الظاهر .

٢٥٧٦٢ – احتجوا بحديث ابن عباس أن النبي ﷺ : « قال لا رضاع إلا ما كان في الحولين » [٣] .

٢٥٧٦٣ – والجواب أن هذا الخبر رواه الناس عن ابن عُيَيْنة موقوفًا على ابن عباس

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط (م) ، (ن) ، (ع) ، من صلب (ص) واستدركها المصنف في الهامش .

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٣١٩/٧) .

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٤٦٢/٧) ، والدارقطني (١٧٤/٤) .

ورواه ابن شهاب كذلك ، وانفرد بروايته محمد بن عيينة مسندًا لهيثم بن جميل [(١)] الذي كان بدويًّا بمكة رواية ظاهرة الانقطاع فكيف يكون عنده هذا الخبر متصلًا فلا يرويه إلا مقطوعًا ، ثم يسنده الهيثم وحده وليس هو من وجوه أصحاب بن عيينة . ثم لا دلالة فيه لأنه ﷺ نفى الرضاع فهو موجود فلا بد أن يكون للنفي معنى يتعلق به ، فزعم مخالفنا أن معناه لا رضاع يتعلق به التحريم .

٢٥٧٦٤ - وقلنا نحن : لا رضاع يجب على ما كان في الحولين فتساوينا في الخبر .

٢٥٧٦٥ - قالوا : كل سنة لا يثبت حكم الرضاع في آخرها لا يثبت في أولها . أصله السنة الرابعة .

٢٥٧٦٦ - قلنا : لا يمتنع أن يتعلق الحكم بمدة مقدرة ويتناولها دون آخرها كما أن مدة / الوفاة تثبت في أول الشهر الخامس دون آخره . ١٢

٢٥٧٦٧ - فإن قيل لأن تلك العدة فيها كسر .

٢٥٧٦٨ - [قلنا : وكذلك سني الرضاع فيها كسر] [(٢)] والمعنى في السنة الرابعة أنه لا يترتب على مدة يجب فيها نفقة الرضاع على الأب وليس كذلك الحولين ؛ لأنها تترتب على مدة فيها نفقة الرضاع على الأب بإجماع ، فلذلك جاز أن يثبت فيها الرضاع .

٢٥٧٦٩ - قالوا : رضاع بعد الحولين الكاملين بلبن غلب الماء عليه .

٢٥٧٧٠ - قلنا : لا نسلم أن ذلك رضاع ، والمعنى فيه أنه ليس من جنس ما ينبت اللحم وينشز العظم .

٢٥٧٧١ - وفي مسألتنا بخلافه ، قالوا مدة لا يجب فيها نفقة الرضاع على الأب ، كالسنة الرابعة .

قلنا : سقوط النفقة لا يستدل به على انتفاء التحريم ، بدلالة أن أم الولد لا تستحق النفقة على مولاها ، ويثبت برضاعها التحريم ، والمعنى في السنة الرابعة ما قدمنا .

* * *

---

(١) انظر : السنن الكبرى للبيهقي (٤٦٢/٧) ، وانظر : نصب الراية (٢١٨/٣) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط (م) ، (ن) ، (ع) ، من صلب (ص) واستدركها المصنف في الهامش .

مسألة ١٢٧١

غلبة الماء والطعام على اللبن

٢٥٧٧٢ - قال أصحابنا : إذا غلب الماء والطعام أو الدواء على اللبن لم يقع به التحريم [١] .

٢٥٧٧٣ - وقال الشافعي : إذا تحقق وصول أجزاء اللبن إلى الجوف وقع به التحريم [٢] .

٢٥٧٧٤ - لنا قوله ﷺ : « الرضاعة من المجاعة » [٣] « والرضاع ما أنبت اللحم وأنشز العظم » [٤] ، و « الرضاع ما فتق الأمعاء » [٥] وهذا لا يوجد في اللبن المشوب بالماء ولأن خلطه لا يكتفي به الصبي في الغذاء ، أو لا يحصل به إنبات اللحم وإنشاز العظم فصار كلبن الشاة .

٢٥٧٧٥ - ولا يلزم الجرعة الواحدة لأن جنسها مؤثر في هذه المعاني ، ولأن كل ما وصل إلى جوف الصبي بعد الحولين لم يتعلق به التحريم إذا وصل فيهما لم ينبت اللحم ، كلبن الميتة إذا غلب الماء عليه .

٢٥٧٧٦ - ولأنه حكم يتعلق باللبن فسقط غلبة الماء عليه ، كاليمين إذا حلف لا يشرب .

٢٥٧٧٧ - ولا يلزم اللبن النجس إذا غلب الماء عليه ، لأن ذلك الحكم يتعلق بالنجاسة لا باللبن ولأنه حكم يتعلق بوصول مائع إلى الجوف على طريق التغليظ ، فغلبة الماء عليه تسقط ذلك الحكم . أصله الحد الذي يجب بشرب الخمر .

٢٥٧٧٨ - احتجوا : بأنه وصل غير المحرم إلى محله في وقته وعدده فوجب أن ينشر الحرمة . أصله إذا لم يختلط به غيره .

٢٥٧٧٩ - قلنا لا نسلم أنه وصف اللبن المحرم ، لأن هذه الصفة مستحقها اللبن إذا كانت بنفسه أو كانت قوته باقية مع المخالطة . وقولهم في وقته وعدده دليل عليهم ؛ لأن الوقت إنما اعتبر ، لأن الصبي يكتفي به في مدة الرضاع باللبن ، ولا يكتفى بغيره فعلى

---

(١) المبسوط (١٤١/٥) .

(٢) مغني المحتاج (١٢٦/٥) .

(٣ ، ٤ ، ٥) سبق تخريجه في المسألة رقم (١) .

هذا يجب أن لا يحرم اللبن المغلوب ؛ لأن الصبي لا يكتفي به . وأصله اللبن المنفرد .

٢٥٧٨٠ – ولا فرق بينه وبين مسألتنا لأنه متى وصل لا تقع به الكفاية ، فلم يحرم كرضاع الكبير ، وإنما يحرم إذا وصل ، وجنسه يؤثر في الكفاية فإذا غلب عليه الماء كاللبن النجس قالوا تحريم يتعلق باللبن ، ولا يسقط ، فغلبه الماء كاللبن النجس .

٢٥٧٨١ – قلنا يبطل على أصلكم إذا اختلط بقلتين من الماء ؛ لأن التحريم في النجاسة لا يتعلق باللبن وإنما يتعلق بالنجاسة ، وهي موجودة ، وإن غلبها الماء . والتحريم في مسألتنا يتعلق باللبن ، فإذا غلب زال معنى اللبن واسمُه فلم يثبت به التحريم .

٢٥٧٨٢ – وقد بنى مخالفونا هذه المسألة على ظن منهم أنا نقول في الدواء إذا اختلط وغلب تعلق به التحريم . وهذا غلط بل مخالطته للدواء في الدواء إذا اختلط وغلب تعلق به التحريم ، ولمخالطته للماء يعتبر الأغلب ، وإذا اختلط به لبن حيوان غير الآدمي فهو كالماء . وإذا اختلط لبن امرأتين اعتبر أبو يوسف الأغلب . وأما الطعام فإن كان ظاهرًا مسلبًا قوته لم يثبت التحريم بالعين وإن كان غالبًا ، لأن الطعام يسلب اللبن القوة ، بدلالة أنه فرق ، وليس كذلك الدواء ، لأنه يخلط باللبن ، حتى يوصله إلى العروق ، فهو يزيده قوة . ولا يسلبه قوته فإذا غلب الدواء سلبه قوته فصار كالطعام ، قالوا : إذا اجتمع في الوطء ما يبيح وما يحرم كان الحكم للمحرم . أصله الجارية المشتركة .

٢٥٧٨٣ – قلنا : المعنى الموجب للتحريم في الجارية ملك غير الواطئ ، وهذا موجود وإن قل . وفي رواية من مسألتنا أنه إن شرب من لبن امرأة دفعة واحدة ، وشرب في بقية المدة من غيرها فالتحريم ثبت منهما ، وإن كان أحدهما أقل .

٢٥٧٨٤ – أما في مسألتنا فالمعنى الموجب للتحريم لم يوجد لأن اللبن المشوب لا يحصل بجنسه المقصود من الرضاع .

* * *

مسألة ١٢٧٢

أكل الصبى الجبن من لبن الآدمي

٢٥٧٨٥ – قال أصحابنا : إذا اتخذ من لبن الآدمي جبن فأكله الصبي لم يقع به التحريم (١) .

٢٥٧٨٦ – وقال الشافعي : يقع به التحريم (٢) .

٢٥٧٨٧ – لنا : أنه مأكول فلا يتعلق باللبن . أصله اليسير في الجبن ولأنه نفع يتعلق باللبن فإذا صار جبنًا زال النفع كمن حلف لا يشرب لبنًا .

٢٥٧٨٨ – احتجوا بأن صفة اللبن تغيرت كما لو حمض .

٢٥٧٨٩ – قلنا : لا رواية في هذا والظاهر أن الحامض إذا كان لا يقع التغذي بجنسه لا يتعلق به تحريم ، وإن كان يقع بجنسه ويكتفي الصبي به جعلنا هذا الفرق بينه وبين الجبن .

* * *

(١) جاء في البدائع : « ولو جعل اللبن مخيضًا أو رائبًا أو شيرازًا أو جبنًا أو أقطًا أو مصلًا فتناوله الصبي لا يثبت به الحرمة ؛ لأن اسم الرضاع لا يقع عليه وكذا لا ينبت اللحم ولا ينشز العظم ، ولا يكتفي به الصبي في الاغتذاء فلا يُحَرِّمُ ولو اختلط اللبن بغيره فهذا على وجوه . أما إن اختلط بالطعام أو بالدواء أو بالماء أو بلبن البهائم أو بلبن امرأة أخرى فإن اختلط بالطعام فإن مسته النار حتى نضج لم يُحَرِّم في قولهم جميعًا ؛ لأنه تغير عن طبعه بالطبخ . وإن لم تمسه النار فإن كان الغالب هو الطعام لم تثبت الحرمة ؛ لأن الطعام إذا غلب سلب قوة اللبن وأزال معناه وهو التغذي فلا يثبت به الحرمة » . انظر : البدائع (١٠/٤) .

(٢) لا يشترط بقاء اسمه لبنًا فلو جبن أو جعل منه أقط أو نزع منه زبد أو عجن به دقيق وأطعم الطفل من ذلك حرم لحصول التغذي به . تنبيه : عبارته صادقة بإطعام الزبد نفسه وباللبن الذي نزع زبده ، وكل منهما محرم ولو خلط اللبن بمائع طاهر كماء أو نجس خمر حرم إن غلب بفتح الغين المعجمة على المائع بظهور أحد صفاته من طعم أو لون أو ريح ، إذ المغلوب كالمعدوم ، وسواء أشرب الكل أم البعض . انظر : مغني المحتاج (١٢٦/٥) ، الأم (٣٢/٥) .

مسألة ٢٧٣

حقن الصبي باللبن

٢٥٧٩٠ - قال أصحابنا : إذا حقن الصبى باللبن لا يقع به تحريم (١) .

٢٥٧٩١ - وبه قال الشافعي : في الجديد ، وقال في القديم : يحرم (٢) .

٢٥٧٩٢ - لنا : أنه مسلك لا يثبت تحريم الرضاع بوصول اللبن منه دفعة فلا يثبت لأن ما يصل منها إلى الأمعاء لا ينبت ، وما لا يؤثر في التغذي لا يقع به التحريم كالماء .

٢٥٧٩٣ - ولا يلزم السوط لأن المقصود به التغذي ، لأن الدماغ إذا وصل إليه (٣) اللبن أصلحه وقواه ، والبدن يصلح بصلاحه ويشد الأعضاء ، وشد الأعصاب القوة منه وبها يستقيم البدن وأما الحقنة فتفعل لتخرج أثقال البدن وتنشر الطبع وهذا ليس بتغذي ولا زيادة في البدن .

٢٥٧٩٤ - احتجوا بأنه مسلك يفطر بالوصول منه ، فيثبت بما يصل منه التحريم

---

(١) وأما الإقطار في الأذن فلا يحرم ؛ لأنه لا يعلم وصوله إلى الدماغ لضيق الخرق في الأذن ، وكذلك الإقطار في الإحليل ؛ لأنه لا يصل إلى الجوف فضلًا عن الوصول إلى المعدة ، وكذلك الإقطار في العين والقبل لما قلنا وكذلك الإقطار في الجائفة وفي الآمة ؛ لأن الجائفة تصل إلى الجوف لا إلى المعدة والآمة إن كان يصل إلى المعدة لكن ما يصل إليها من الجراحة لا يحصل به الغذاء فلا تثبت به الحرمة ، والحقنة لا تحرم إن حقن الصبي باللبن في الرواية المشهورة . وروي عن محمد أنها تحرم ، وجه هذه الرواية أنها وصلت إلى الجوف حتى أوجبت فساد الصوم ، فصار كما لو وصل من الفم ، وجه ظاهر الرواية أن المعتبر في هذه الحرمة هو معنى التغذي والحقنة لا تصل إلى موضع الغذاء ؛ لأن موضع الغذاء هو المعدة والحقنة لا تصل إليها فلا يحصل بها نبات اللحم ونشوز العظم واندفاع الجوع فلا توجب الحرمة .

(٢) جاء في الأم : « والوجور كالرضاع وكذلك السعوط ؛ لأن الرأس جوف ، ولو حقن به كان فيها قولان : أحدهما : أنه جوف وذلك أنها تفطر الصائم ، والآخر أن ما وصل إلى الدماغ كما وصل إلى المعدة ؛ لأنه يغتذي من المعدة وليس كذلك الحقنة . قال المزني رحمه الله قد جعل الحقنة في معنى من شرب الماء فأفطر ، فكذلك هو في القياس في معنى من شرب اللبن . وإذ جعل السعوط كالوجور ؛ لأن الرأس عنده جوف فالحقنة إذا وصلت إلى الجوف عندي أولى . وأدخل الشافعي رحمه الله تعالى على من قال : إن كان ما خلط باللبن أغلب لم يحرم ، وإن كان اللبن الأغلب حرم فقال : أرأيت لو خلط حرامًا بطعام وكان مستهلكا في الطعام لا يحرم ، فكذلك اللبن . انظر : الأم (٣٣٥/٨) .

(٣) ساقطة من صلب (ص) .

كالفم والأنف .

٢٥٧٩٥ – قلنا الفطر يقع بتناول ما لا نفع به كالطين والحجر ، فيجوز أن يفطر بالواصل من مسلك لا يحصل به التغذي ، والتحريم لا يثبت بوصول ما لا يحصل به التغذي . وكذلك لا يحصل بما يصل من المسلك الذي لا يحصل بالواصل منه التغذي .

* * *

لبن الميتة إذا شربه الصبي

٢٥٧٩٦ - قال أصحابنا : إذا حلب لبن الميتة فشربه الصبي ثبت التحريم [١] .

٢٥٧٩٧ - وقال الشافعي : لا يثبت به التحريم [٢] .

٢٥٧٩٨ - لنا : قوله ﷺ : « الرضاعة من المجاعة » [٣] ، « والرضاع ما أنبت اللحم وأنشز العظم » [٤] وهذا موجود في الميتة .

٢٥٧٩٩ - ولا يقال إن لبن الميتة يستضر به الصبي ؛ لأن لبن الميتة كلحمها ، ونحن قطعنا أن لحم الميتة لا يضر ، والمسك ميتة ولا يضر ، ولأنه وصل إلى جوف الصبى في مدة الرضاع ما يقع بجنسه التغذي ، كلبن الحية . ولأنه لبن يكتفى به من الغذاء فصار كما لو حلب منه في حياتها وشربه الصبى بعد موتها .

٢٥٨٠٠ - ولأن فعلها في الرضاع غير معتبر بدلالة لو أكرهت على أخذ اللبن أو أخذ منها وهي نائمة أو مغمى عليها يثبت به التحريم . والموت يوجب تعذر فعلها ولا يمنع وقوع التحريم .

٢٥٨٠١ - فإن قيل النائم له فعل بدلالة أنه لو انقلب على إنسان فقتله وجبت الدية فلذلك تعلق الحكم بما وجد من لبنها .

٢٥٨٠٢ - [قلنا : النائم لا يجب عليها إن لم يكن لها فعل وهو الحركة ولا تجب عليها شيء] [٥] وإن لم يكن لها فعل فدل أن فعلها غير معتبر .

٢٥٨٠٣ - فإن قيل لا يمنع أن يوجد الفعل في حال الحياة ، فيتعلق به أحكام بعد الموت ،

---

(١) جاء في البدائع : « وكذا يستوي فيه لبن الحية والميتة بأن حلب لبنها بعد موتها في قدح فأوجر به صبي يحرم عندنا وقال الشافعي : لبن الميتة لا يحرم ولا خلاف في أنه إذا حلب لبنها في حال حياتها في إناء فأوجر به الصبي بعد موتها أنه يثبت به الحرمة » . انظر : البدائع (٤/٩) . ويلاحظ كثرة المسائل التي تندرج تحت الفقه الافتراضي في كتاب الرضاع على وجه الخصوص .

(٢) قال : ولو حلب منها رضعة خامسة ثم ماتت فأوجره صبي كان ابنها ، ولو رضع منها بعد موتها لم يحرم ؛ لأنه لا يحل لبن الميتة . انظر : الأم (٥/٣٤) ، ومغني المحتاج (٥/١٢٥) .

(٣ ، ٤) سبق تخرجه في المسألة رقم (١) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط (م ، ن ، ع) ، من صلب (ص) واستدركها المصنف في الهامش .

بدلالة من حفر بئرًا ثم مات ضمن ما يتولد منها ، وإن كان لا يجب الضمان بعد الموت .

٢٥٨٠٤ – قلنا : الضمان إنما يجب بالحفر إذا كان على وجه التعدي ، وبعد الموت لا يتصور التعدى ولهذا لو حفر في حال الحياة مكرهًا لم يضمن ؛ لأنه ليس بمتعد . ولو أخذ اللبن وهي مكرهة ثبت التحريم . فدل على افتراق الأمرين ؛ ولأنه لبن لا يتناوله بعد موتها . أصله : إذا حلب منها قبل الموت .

٢٥٨٠٥ – ولأن الموت لا يؤثر في اللبن ، لأنه لا يحله فصار حكمه بعد الموت كهو في حال الحياة .

٢٥٨٠٦ – فإن قيل : الموت لا يحل اللبن لكنه يوجد في محله فيؤثر فيه

٢٥٨٠٧ – قلنا : موت المحل ليس بأكثر من تخلية الطرف ، فصار كاللبن إذا حلب في إناء نجس بعد طهارته فكان تأثيره في نشر الحرمة كتأثيره قبل أن ينجس . أصله اللبن الذي خالطه الخمر ؛ لأنه منفصل من آدمية تنشر الحرمة ، فاستوى فيه موتها وحياتها كالولد .

٢٥٨٠٨ – فإن قيل الحرمة في الولد تحصل قبل الانفصال فموتها عند انفصاله لا يؤثر والتحريم في مسألتنا لا يشق انفصاله فكذلك أثر موتها .

٢٥٨٠٩ – قلنا التحريم في مسألتنا يتأخر عن الانفصال ، وموتها لا يمنع مقصوده . كما لا يمنع إذا انفصل ثم ماتت ، ولأنه حكم يتعلق بوصول اللبن إلى الجوف ، فاستوى فيه لبن الحية / والميتة . أصله إذا حلف لا يشرب لبنًا .

٢٥٨١٠ – احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ ﴾ وبهذا يقتضي أن التحريم يتعلق بفعلها للإرضاع ، والميتة لا ترضع فلا يثبت التحريم .

٢٥٨١١ – قلنا : ظاهر الآية يقتضي أن المرضعة ثبت بإرضاعها ، وهل ثبت التحريم من غير إرضاع موقوف على الدليل .

٢٥٨١٢ – ولأن اللّٰه تعالى علق التحريم بالإرضاع لأن الغالب أن الارتضاع بإرضاعها ، لأن الحكم يقف على فعلها بدلالة النائمة والمكرهة ، وهذا كقوله تعالى : ﴿ مَّا هُنَّ أُمَّهَٰتِهِمۡۖ إِنۡ أُمَّهَٰتُهُمۡ إِلَّا ٱلَّٰٓـِٔي وَلَدۡنَهُمۡۚ وَإِنَّهُمۡ لَيَقُولُونَ مُنكَرٗا مِّنَ ٱلۡقَوۡلِ وَزُورٗاۚ ﴾ ومعلوم أن المراد لو شق بطنها فأخرج ولدها بعد موتها كان ابنها وإن لم تلده ، إلا أن الغالب أن انفصال الولد يكون بالولادة فتعلق الحكم بذلك .

٢٥٨١٣ – قالوا : لبن لا يحل شربه كلبن الكلب والضبع .

٢٥٨١٤ - قلنا : البهائم لا يثبت بينها وبين الآدمي تحريم النسب ، فلا يثبت بينهما تحريم الرضاع . والميتة يثبت بينها وبين الصبي حرمة النسب فتثبت حرمة الرضاع . وهذا فرق صحيح لأن النبي ﷺ علق أحد الأمرين بالآخر وقال : « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » (١) .

٢٥٨١٥ - قالوا تناول هذا اللبن محرم ، وقد قال ﷺ : « لا يحرم الحلال الحرام » (٢) .

٢٥٨١٦ - قلنا : الرضاع ثبت بشرب الصغير [وفعله لا يوصف بالحرام ولا بالحلال ولأن التحريم إنما يحصل بما يقع باللبن] (٣) من إنشاز العظم وإنبات اللحم ، وذلك لا يوصف بالتحريم .

٢٥٨١٧ - قالوا لبن محرم قبل انفصاله من محله ، فأشبه لبن الرجل .

٢٥٨١٨ - قلنا : لبن الرجل غير محرم عندنا ، فالوصف غير مسلم ، والمعنى في لبن الرجل أنه لا يكتفى به في غذاء الصغير غالبًا ، فلم ينشر الحرمة كلبن الشاة .

٢٥٨١٩ - وفي مسألتنا خلافه . قالوا الرضاع ثبت بين شخصين ، فإذا كانت حياة أحدهما شرطًا كذلك حياة الآخر .

٢٥٨٢٠ - قلنا : إنما اعتبرنا حياته حال الإرضاع ، لأن موته يبطل للمعنى الذي تعلق به التحريم ، وهو إنبات اللحم وإنشاز العظم ، وموتها لا يبطل للمعنى المقصود باللبن ، فلذلك لا يؤثر .

٢٥٨٢١ - قالوا المعنى يتعلق بتحريم مؤبد فاختص بحال الحياة كالنكاح والوطء .

٢٥٨٢٢ - قلنا : النكاح يتعلق به التحريم إذا انعقد ، وبعد الموت لا ينعقد ، فلا يتعلق به التحريم . فاللفظ الذي لا ينعقد به النكاح في حال الحياة ، وأما الوطء فعلى قولهم لا يوجب التحريم ، إلا إذا وجد في ملك أو شبهه ، وهذا لا يوجد بعد الموت .

٢٥٨٢٣ - وعلى قولنا التحريم يتعلق باستبقاء منفعة الوطء والموت يبطل المنافع ، بدلالة منفعة السمع والبصر ، فكذلك منفعة البضع ، فلا يوجد بالوطء استيفاء منفعة فلم يثبت التحريم .

٢٥٨٢٤ - وأما الرضاع فيثبت التحريم به بما يحصل بالكفاية بالغذاء أو لإنبات اللحم وهذا موجود في لبن الميتة .

---

(١) أخرجه الإمام البخاري في صحيحه (٩٣٥/٢) ، برقم (٢٥٠٢) ، باب الشهادة على الأنساب والرضاع المتفيض والموت القديم ، والإمام أحمد في مسنده (١٠٢/٦) .

(٢) أخرجه ابن ماجه في سننه (٦٤٩/١) رقم (٢٠١٥) باب لا يحرم الحرام الحلال ، والبيهقي في السنن الكبرى (١٦٩/٧) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط (م ، ن ، ع) ، من صلب (ص) واستدركها المصنف في الهامش .

إرضاع الزوجة الكبيرة الزوجة الصغيرة

٢٥٨٢٥ - قال أصحابنا : إذا تزوج بامرأتين كبيرة وصغيرة فأرضعت الكبيرة الصغيرة فإن تعمدت فساد النكاح وقعت الفرقة وضمنت وإن لم تتعمد لم تضمن [١] .

٢٥٨٢٦ - وقال الشافعي : تضمن في الحالين [٢] .

٢٥٨٢٧ - لنا : أن الرضاع ليس هو إتلاف لحق الزوج ، وإنما هو سبب ، والأسباب تختلف بالتعدي وغير التعدى كحفر البئر إن كان في ملكه لم يضمن ما تلف بها ، وإن كان في غير ملكه ضمن . ومعلوم أن الرضاع مباح إذا لم يكن فيه فساد ومندوب إليه

---

(١) جاء في المبسوط : « ولو كانت امرأتان صغيرة وكبيرة فأرضعت الكبيرة الصغيرة بانتا جميعًا ؛ لأنهما صارتا أمًّا وبنتا ، وللصغيرة نصف الصداق ، ولا شيء للكبيرة إن لم يدخل بها تعمدت الفساد أو لم تتعمد ؛ لأن الفرقة جاءت من جهتها قبل الدخول وسقط جميع الصداق على كل حال سواء كانت متعدية في التسبيب أو لم تكن متعدية كالمعتقة إذا اختارت نفسها ، إلا أن الزوج يرجع عليها بما غرم للصغيرة إن كانت تعمدت الفساد لكونها متعدية في التسبيب ، وله أن يتزوج الصغيرة إذا لم يدخل بالكبيرة . وليس له أن يتزوج الكبيرة ؛ لأن بمجرد العقد على الابنة تحرم الأم على التأبيد والعقد على الأم لا يحرم الابنة قبل الدخول ، وإن كان قد دخل بالكبيرة لم يتزوج واحدة منهما قط لوجود العقد الصحيح على الابنة والدخول بالأم » . المبسوط (٣٠/٣٠٠) ، والبدائع (٤/١٢ ، ١٣) .

(٢) ولو كان تحته كبيرة وصغيرة فأرضعت أم الكبيرة الصغيرة انفسخت الصغيرة لأنها صارت أخت الكبيرة وكذا الكبيرة في الأظهر لذلك ، ويفرق بينه وبينها ، كما لو نكح أختًا على أختها فإن هذه لا تجتمع مع الأولى أصلًا لوقوع عقدها فاسدًا من أصله فلم يؤثر في بطلان الأولى ، بخلاف الكبيرة هنا فإنها اجتمعت مع الصغيرة فبطلتا إذ لا مرجح وله نكاح من شاء منهما من غير جمع ، لأنهما أختان وحكم مهر الصغيرة عليه وتغريمه أي الزوج المرضعة وكذا الكبيرة إن لم تكن موطوءة حكمها ما سبق في الصغيرة ، فلها عليه نصف المسمى الصحيح ، وإلا فنصف مهر المثل وله على أمها المرضعة نصف مهر المثل فإن كانت موطوءة فله على الأم المرضعة بشروطها السابقة مهر مثل في الأظهر كما لزمه لبنتها جميع المسمى إن صح ، وإلا فجميع مهر المثل ، ويأتي أنهم لو شهدوا بطلاق بعد وطء ثم رجعوا غرموا مهر المثل ، وهو يرد دعوى المقابل أنه بالدخول استوفى منفعته فلا يغرم له بدله . أما لو كانت الكبيرة الموطوءة هي المفسدة لنكاحها بإرضاعها الصغيرة فلا يرجع عليها بمهرها ، لئلا يخلو نكاحها من الوطء عن مهر وهو من خصائص نبينا ﷺ ولو أرضعت بنت الكبيرة الصغيرة حرمت الكبيرة أبدا لأنها جدة زوجته وكذا الصغيرة فتحرم أبدا إن كانت الكبيرة موطوءة لأنها ربيبة ، بخلاف ما إذا لم تكن موطوءة ، لأن بنت الزوجة لا تحرم إلا بالدخول وحكم الغرم هنا ما سبق أيضًا وتركه لوضوحه مما ذكره . انظر : تحفة المحتاج (٨/٢٩٦) ، مغني المحتاج (٥/١٤٤ ، ١٤٥) .

عند حاجة الصغيرة ، وواجب إذا خاف عليها فإن لم تكن متعدية فيه لم تضمن .

٢٥٨٢٨ - ولا يقال إن ضمان حافر البئر فيها حصل ، لأن الحافر تصرف في ملك نفسه ؛ لأنه لو حفر في غير ملكه على وجه ما لم يضمن ، بدلالة من أذن له الإمام في حفر بئر في الطريق لماء السبيل . كذلك هذه إذا تصرفت في غير ملكها على وجه مأذون .

٢٥٨٢٩ - احتجوا : بأن كل فعل إذا قصد به الإتلاف تعلق به الضمان ، وإذا لم يقصد به الإتلاف تعلق به الضمان كالرمي .

٢٥٨٣٠ - قلنا : لا يختلف عندنا بالقصد إلى الإتلاف وإنما يختلف بالتعدي وغير التعدي . وقصد الفساد هو الذي تصير به متعدية فهو سبب العلة . يبين ذلك أنها لو أرضعتها لا تقصد إفساد النكاح [لكنها قصدت الإضرار لديها بتمريضها بارتضاع زيادة على صاحبتها ضمنت ، وإن لم تقصد إفساد النكاح] [1] لأنها متعدية .

٢٥٨٣١ - وقد ناقضهم أصحابنا بمن رمى مسلمًا واقفًا في صف المشركين إن علمه مسلمًا ضمن لأنه تعدى في رميه ، وإن لم يعلم أنه مسلم لم يضمن لأنه غير متعد لرميه .

٢٥٨٣٢ - كذلك في مسألتنا بمعنى فيما قاسوا عليه أنه ضمان مباشرة الإتلاف ، فاستوى فيه التعدي وغيره .

* * *

(١) ما بين المعكوفتين ساقط (م) ، (ن) ، (ع) ، من صلب (ص) واستدركها المصنف في الهامش .

مسألة ١٢٧٦

إرضاع الزوجة بقصد الفساد

٢٥٨٣٣ - قال أصحابنا : إذا أرضعتها قاصدة الفساد ضمنت نصف المهر لمسمى [1] .

٢٥٨٣٤ - وقال الشافعي : تضمن نصف مهر مثلها وخرج أصحابه قولًا أخر أنه ضمن جميع مهر مثلها [2] .

٢٥٨٣٥ - لنا : أن منافع البضع في ملك الزوج لا قيمة له ، بدلالة أن الأب لا يملك خلع بنته الصغيرة بمالها . ولو كان لخروج البضع قيمة جاز بدل مالها في مقابلته . ولهذا و طلق المريض امرأته لم يضمن شيئًا لغرمائه . ولو تقوم بضعها ضمنت ، كما لو أعتق بده . وإذا لم تتقوم المنافع لم تضمنها المرضعة بالإتلاف . وإنما تضمن لأنها قررت عليه ىمان نصف المهر ، وقد كان يجوز أن يسقط عنه بأن تكفر فترتد ، أو تمكن ابن الزوج ن نفسها ، فكأنها أتلفت عليه ما غرمه لها فضمنت ذلك .

٢٥٨٣٦ - احتجوا : بأن من أتلف شيئًا وضمنه وجب أن يضمنه بقيمته ، لا بالبدل لذي ملك [3] به أصله سائر المتلفات

٢٥٨٣٧ - قلنا لا نسلم أنها تضمن بالإتلاف قيمة البضع لأنه لا قيمة له وإنما قررت لميه ضمانًا كان يجوز أن يتهم منه فغرمت ما قررته عليه من الضمان فأما أن يكون

---

١) لا يثبت حرمان الميراث بقتل الصغيرة . ويستوي إذا كانت الكبيرة تعلم أن الصغيرة امرأة زوجها أو لا لم ذلك فيما بينا من الحكم . إلا أنها إذا كانت تعلم ، وقد تعمدت الفساد ، فإنه يرجع الزوج عليها صف مهر الصغيرة ، وهذا إذا أقرت أنها تعمدت الفساد ، وإن لم تتعمد الفساد أو لم تعلم أنها امرأته فلا يء عليها ، وفيها قول آخر أنه يرجع عليها بنصف الصداق سواء تعمدت الفساد أو لم تتعمده . انظر : سوط (٣٠٦/٣٠) ، البدائع (١٢/٤ ، ١٣) .

٢) جاء في تحفة المحتاج : « ولو كان تحته كبيرة وصغيرة فأرضعت أم الكبيرة الصغيرة انفسخت الصغيرة ، لأنها ارت أخت الكبيرة ، وكذا الكبيرة في الأظهر لذلك ، ويفرق بينه وبين ما لو نكح أختا على أختها بأن هذه لم مع مع الأولى أصلًا لوقوع عقدها فاسدًا من أصله ، فلم يؤثر في بطلان الأولى بخلاف الكبيرة هنا ، فإنها تمعت مع الصغيرة فبطلتا إذ لا مرجح وله نكاح من شاء منهما من غير جمع ، لأنهما أختان وحكم مهر صغيرة عليه وتغريمه أي الزوج المرضعة » . انظر : تحفة المحتاج (٢٩٦/٨) ، ومغني المحتاج (١٤٥/٥) .

) قاعدة : من أتلف شيئًا وضمنه وجب أن يضمنه بقيمته ، لا بالبدل الذي ملكه به .

ضمانها البضع ولا قيمة له بالخروج من ملكه .

٢٥٨٣٨ - وقد نص الشافعي أنها تضمن نصف مهر مثلها ولو صح ما قالوه لوجب أن تضمن الجميع ، فلما لم تعتبر قيمة المتلف لم يصح هذا الكلام .

* * *

تزوج صغيرتين فأرضعتهما امرأة واحدة

٢٥٨٣٩ - قال أصحابنا : إذا تزوج صغيرتين فأرضعتهما امرأة واحدة وفرقت الرضاع وقعت الفرقة بينه وبينهما

٢٥٨٤٠ - وهو أحد قولي الشافعي (١) .

٢٥٨٤١ - وقال : في القول الآخر وقعت الفرقة بينه وبين الثانية خاصة (٢) .

٢٥٨٤٢ - لنا : أنهما صارتا أختين [بسبب واحد وهو رضاع الثانية ، وكأنهما ارتضعتا معًا ولأنهما صارتا أختين] (٣) وهما تحته ، ففسد نكاحهما ، كما لو ارتضعتا معًا .

٢٥٨٤٣ - احتجوا : بأن الثانية تم الجمع بها فاختصت بفساد النكاح ، كمن تزوج امرأة ثم تزوج أختها ، وكمن وطئ أمة ثم وطئ أختها اختصت الثانية بالتحريم .

٢٥٨٤٤ - قلنا إذا تزوج واحدة بعد الأخرى فقد صح نكاح الأولى ، والمعنى المفسد اختص بالثانية ، لأن نكاحها لا يصح ، فلم يؤثر ذلك في الأولى .

٢٥٨٤٥ - وفي مسألتنا صح نكاحها ، وجعلتهما الأخوة بمعنى واحد ، برضاع الثانية فكأنه تزوجهما معًا . وكما لو تزوج كبيرة وصغيرة فأرضعت الكبيرة الصغيرة . فأما الأمتان فمثل مسألتنا ، لأن الجمع في الوطء حصل بالثانية فحرم وطؤها ، وتساويا ولا تحل له واحدة منهما حتى تخرج الأخرى من ملكه إما الأولى أو الثانية .

* * *

---

(١) وكذا إذا تزوج صبيتين رضيعتين ، فجاءت امرأة فأرضعتهما بانتا منه ؛ لأنهما صارتا أختين وحرمة الأخت من الرضاع يستوي فيها السابق والطارئ . وكذا حرمة الجمع بين الأختين من الرضاعة ، انظر : المبسوط (٣٠٠/٣٠) ، البدائع (١٤/٤) .

(٢) ولو أرضعتها امرأة له كبيرة لم يصبها حرمت الأم لأنها من أمهات نسائه ولا نصف مهر لها ولا متعة ؛ لأنها المفسدة . وفسد نكاح المرضعة بلا طلاق ؛ لأنها صارت وأمها في ملكه في حال ولها نصف المهر ويرجع على التي أرضعتها بنصف مهر مثلها . انظر : الأم (٣٣٤/٨) ، وأسنى المطالب (٦٩/٤) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط (م ، ن ، ع) ، من صلب (ص) واستدركها المصنف في الهامش .

مسألة ١٢٧٨

تزوج المرأة ولها لبن من زوج آخر

٢٥٨٤٦ - قال أصحابنا : إذا تزوجت المرأة ولها لبن من زوج فيكفي باللبن الأول وإن حملت من الثاني فاللبن عند أبي حنيفة للأول [١] .

٢٥٨٤٧ - وقال الشافعي : إذا حملت واللبن بحاله لم ينقطع ولم يزد ، فهو للأول قولًا واحدًا ، وإن زاد ففيه قولان :

٢٥٨٤٨ - أحدهما : للأول والآخر : بينهما . وإن انقطع ثم عاد بظهور الحمل ففيه ثلاثة أقوال : قولان مثل الأول والثالث أن اللبن للثاني وهو الصحيح [٢] .

٢٥٨٤٩ - لنا : أن الولادة سبب لنزول اللبن ، والحمل قد يزول به اللبن ، وقد لا يزول فالظاهر يقتضي تعلق الحكم بالسبب الأول ، وما بعده محتمل فلا يتعين السبب الأول بالاحتمال .

٢٥٨٥٠ - ولأن الزيادة قد تحدث بصحة الجسم وبجودة الغذاء ، وقد ينقطع اللبن بعارض ثم يعود . وزيادة اللبن يحتمل أن يكون لهذا المعنى ، ويحتمل أن يكون للحمل الثانى فلا يتعين الحكم الأول بالشك ، ولأن حكم اللبن لم ينقطع عن الأول فلا يثبت للثاني . أصله إذا لم يزد .

٢٥٨٥١ - ولأن اللبن لو لم يزد لا يتعين حكم الأول . فإذا زاد فقد يتعين . أصله قبل الحمل .

٢٥٨٥٢ - احتجوا : بأن الحمل سبب للبن ، فإذا زاد فالظاهر أن الزيادة لأجل الحمل ، فيكون بينهما كلبن أبيه خلط بلبن غيره .

٢٥٨٥٣ - قلنا الحمل قد يكون سببًا وقد لا يكون ، والسبب الأول مستقر فلا يتغير / عنه بالاحتمال .

* * *

(١) جاء في المبسوط : « إذا ولدت المرأة من الرجل ثم طلقها وتزوجت بزوج آخر وأرضعت بلبن الأول ولدًا وهي تحت الزوج الثاني فالرضاع من الزوج الأول دون الثاني ؛ لأن المعتبر من كان نزول اللبن منه لا من هي تحته ، ونزول هذا اللبن كان من الأول » . انظر : المبسوط (١٣٤/٥) ، والبدائع (١١/٤) .

(٢) انظر : الأم (٣٤/٥) ، تحفة المحتاج (٢٩٣/٨ ، ٢٩٤) .

مسألة ١٢٧٩

قول الرجل لزوجته أختي من الرضاع أو النسب

٢٥٨٥٤ - قال أصحابنا : إذا قال لزوجته هذه أختي من النسب أو الرضاع ولم يثبت على هذا القول حتى قال وهمت أو أخطأت لم تقع الفرقة وإن ثبت على قوله فرق بينهما (١) .

٢٥٨٥٥ - وقال الشافعي : لا يقبل رجوعه وإن قال ذلك لأجنبية ثم [رجع لم يحل له] (٢) أن يتزوجها .

٢٥٨٥٦ - قالوا فلو ادعى الرجل نكاحًا على امرأة فجحدت ، ثم أقرت لم تحل له إلا بنكاح جديد (٣) .

٢٥٨٥٧ - لنا : أن هذا الإقرار لا يتضمن فرقة وإنما هو نفي أصل النكاح بأمر يجوز أن يقع فيه الغلط ، فإذا استدركه جاز أن يقبل استدراكه إذا قال : ما تزوجت ، ثم قال قد تزوجتك .

٢٥٨٥٨ - فإن لم يسلموا هذا ، قلنا : جحد عقدا ثم أقر به ، فصار كما لو جحد البيع ثم أقر به ، وكما لو جحد الملك ثم أقر به .

٢٥٨٥٩ - احتجوا : بأنه أقر بتحريم فرج عليه فلا يقبل قوله في الرجوع . أصله : إذا قال لأمته هذه أختي قلنا إقراره في ملكه بالنسب ليس بنفي أصل الملك ، وإنما هو إقرار بغير موقع ، لأنه يصح أن يملك ذات رحمه ، ومن أوقع عتقًا ثم رجع عنه لم يصدق .

٢٥٨٦٠ - وفي مسألتنا لم يقر برجوعه من فرقة ، وإنما نفى أصل النكاح ، فكأنه قال لم أتزوجها .

٢٥٨٦١ - فإن قيل هذا الإقرار يتضمن فرقة بدلالة أنه إذا كان قبل الدخول وجب بها نصف المهر .

٢٥٨٦٢ - قلنا : لأنه مصدق في التحريم ، غير مصدق في إسقاط حقها في المهر

---

(١) انظر : المبسوط (١٤١/٦) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط (م) ، (ن) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركها المصنف في الهامش .

(٣) انظر : الأم (٣٣٩/٨) .

٢٥٨٦٣ - قالوا إذا أقر أنه طلق امرأته ثلاثًا ثم قال : غلطت لم يقبل قوله .

٢٥٨٦٤ - قلنا لأنه إيقاع فرقة من جهته ، وذلك لا يشتبه في الغالب ، وليس كذلك الرضاع لأنه يشتبه عليه في الغالب .

٢٥٨٦٥ - قالوا لو أقر بدين على ابنه ثم رجع لم يقبل قوله ، وإن كان ذلك مما يشتبه

٢٥٨٦٦ - قلنا لأن الإقرار تعلق به حق آدمي فلم يصدق في إسقاطه .

٢٥٨٦٧ - وهذا الإقرار يلزم فيما بينه وبين الله تعالى فإذا أقر به على وجه يشبه جاز أن يقبل رجوعه . [والله أعلم بالصواب] (١) .

* * *

(١) ما بين المعكوفتين ساقط (م ، ن ، ع) ، من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

موسوعة

القواعد الفقهية المقارنة

المسماة

التجريد

كتاب النفقات

كتاب النفقات (١)

(١) النفقة أنواع أربعة : نفقة الزوجات ، ونفقة الأقارب ، ونفقة الرقيق ، ونفقة البهائم والجمادات . أما نفقة الزوجات فالكلام فيها يقع في مواضع : في بيان وجوبها ، وفي بيان سبب الوجوب ، وفي بيان شرائط الوجوب ، وفي بيان مقدار الواجب منها ، وفي بيان كيفية وجوبها وبيان سبب الوجوب ، وفي بيان ما يسقطها بعد وجوبها وصيرورتها دينًا في الذمة . أما وجوبها : فقد دل عليه الكتاب والسنة والإجماع والمعقول . أما الكتاب العزيز فقوله ﷻ : ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ ﴾ [الطلاق : ٦] أي على قدر ما يجده أحدكم من السعة والمقدرة ، والأمر بالإسكان أمر بالإنفاق لأنها لا تصل إلى النفقة إلا بالخروج والاكتساب ، وفي حرف عبد اللّٰه بن مسعود ﷺ : ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ ﴾ وهو نص . وقوله ﷻ : ﴿ وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا۟ عَلَيْهِنَّ ﴾ [الطلاق : ٦] أي لا تضاروهن في الإنفاق عليهن فيخرجن ، أو لا تضاروهن في المسكن فتدخلوا عليهن من غير استئذان فتضيقوا عليهن المسكن فيخرجن . وأما السنة : فلما روي عن رسول اللّٰه ﷺ أنه قال : « اتقوا اللّٰه في النساء فإنهن عندكم عوان لا يملكن لأنفسهن شيئا وإنما أخذتموهن بأمانة اللّٰه واستحللتم فروجهن بكلمة اللّٰه ، لكم عليهن حق أن لا يوطئن فرشكم أحدًا ، ولا يأذن في بيوتكم لأحد تكرهونه ، فإن خفتم نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن ضربا غير مبرح ، ولهن عليكم كسوتهن ورزقهن بالمعروف » ثم قال ثلاثًا : « ألا هل بلغت ؟ » . وأما المعقول : فهو أن المرأة محبوسة بحبس النكاح حقًّا للزوج ممنوعة عن الاكتساب بحقه فكان نفع حبسها عائدًا إليه فكانت كفايتها عليه بقوله ﷺ : « الخراج بالضمان » ، ولأنها إذا كانت محبوسة بحبسه ممنوعة عن الخروج للكسب بحقه فلو لم تكن كفايتها عليه لهلكت ، ولهذا جعل للقاضي رزق في بيت مال المسلمين ، لأنه محبوس لجهتهم ، ممنوع عن الكسب فجعلت نفقته في مالهم وهو بنت المال كذا هاهنا . وأما سبب وجوب هذه النفقة : فقد اختلف العلماء فيه ، قال أصحابنا : سبب وجوبها استحقاق الحبس الثابت بالنكاح للزوج عليها ، وقال الشافعي : السبب هو الزوجية وكونها زوجة له ، وربما قالوا ملك النكاح للزوج عليها ، وربما قالوا القوامة واحتجوا بقوله تعالى : ﴿ ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ وَبِمَآ أَنفَقُوا۟ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ ﴾ [النساء : ٣٤] أوجب النفقة عليهم لكونهم قوامين ، والقوامة تثبت بالنكاح ، فكان سبب وجوب النفقة النكاح ، لأن الإنفاق على المملوك من باب إصلاح الملك واستيفائه ، فكان سبب وجوبه الملك كنفقة المماليك . وأما شرط وجوب هذه النفقة : فلوجوبها شرطان : أحدهما يعم النوعين جميعًا أعني نفقة النكاح ونفقة العدة . والثاني يخص أحدهما وهو نفقة العدة . أما الأول : فتسليم المرأة نفسها إلى الزوج وقت وجوب التسليم ، ونعني بالتسليم التخلية ، وهي أن تخلي بين نفسها وبين زوجها برفع المانع من وطئها أو الاستمتاع بها حقيقة ، إذا كانت المانع من قبلها أو من قبل غير الزوج ، فإن لم يوجد التسليم على هذا النحو فلا نفقة لها . وأما بيان مقدار الواجب منها فالكلام في هذا الفصل في موضعين : أحدهما في بيان ما تقدر به هذه النفقة . والثاني في بيان من تقدر به . أما الأول : فقد اختلف العلماء فيه قال أصحابنا : هذه النفقة غير مقدرة بنفسها بل بكفايتها . وقال الشافعي : مقدرة بنفسها على الموسر مدان ، وعلى المتوسط مد ونصف ، وعلى المعسر نصف مد ، واحتج بظاهر قوله تعالى : ﴿ لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ ﴾ [الطلاق : ٧] أي قدر سعته ، فدل أنها مقدرة ، ولأنه إطعام واجب فيجب أن يكون مقدرًا كالإطعام في الكفارات ، ولأنها وجبت بدلًا لأنها تجب بمقابلة الملك عند الشافعية ومقابلة الحبس عندكم فكانت مقدرة ، كالثمن في البيع والمهر في =

....

= النكاح . وأما بيان كيفية وجوب هذه النفقة : فقد اختلف العلماء في كيفية وجوبها قال أصحابنا : إنها تجب على وجه لا يصير دينًا في ذمة الزوج إلا بقضاء القاضي أو بتراضي الزوجين ، فإن لم يوجد أحد هذين تسقط بمضى الزمان ، وقال الشافعي : إنها تصير دينًا في الذمة من غير قضاء القاضي ولا رضاه ولا تسقط بمضي الزمان فيقع الكلام في هذا الفصل في مواضع : في بيان أن الفرض من القاضي أو التراضي هل هو شرط صيرورة هذه النفقة دينًا في ذمة الزوج أم لا ؟ وفي بيان شرط جواز فرضها من القاضي على الزوج إذا كان شرطًا ، وفي بيان حكم صيرورتها دينًا في ذمة الزوج ، أما الأول : فهو على الاختلاف الذي ذكرنا . احتج الشافعي بقوله ﷻ : ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ [البقرة: ٢٣٣] فعلى كلمة إيجاب ، فقد أخبر سبحانه وتعالى عن وجوب النفقة والكسوة مطلقًا دون تقييد بزمان وقوله ﷻ : ﴿ لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ ﴾ [الطلاق: ٧] أمر تعالى بالإنفاق مطلقًا عن الوقت ولأن النفقة قد وجبت ، والأصل أن ما وجب على إنسان لا يسقط إلا بالإيصال او بالإبراء كسائر الواجبات ، ولأنها وجبت عوضًا لوجوبها بمقابلة المتعة فبقيت في الذمة من غير قضاء كالمهر ، والدليل عليه أن الزوج يجبر على تسليم النفقة ويحبس عليها ، والصلة لا تحتمل الحبس والجبر . وأما نفقة الأقارب : فالكلام فيها أيضًا يقع في المواضع التي ذكرناها في نفقة الزوجات وهي : بيان وجوب هذه النفقة وسبب وجوبها وشرط الوجوب ومقدار الواجب وكيفية الوجوب وما يسقطها بعد الوجوب . أما نفقة الأولاد فسبب وجوبها هو الولادة لأن به تثبت الجزئية والبعضية والإنفاق على المحتاج إحياء له ، ويجب على الإنسان إحياء كله وجزئه ، وإن شئت قلت : سبب نفقة الأقارب في الولاد وغيرها من الرحم المحرم هو القرابة المحرمة للقطع لأنه إذا حرم قطعها يحرم كل سبب مفض إلى القطع ، وترك الإنفاق من ذي الرحم المحرم مع قدرته وحاجة المنفق عليه تفضي إلى قطع الرحم فيحرم الترك ، وإذا حرم الترك وجب الفعل ضرورة ، وأما شرائط وجوب هذه النفقة فأنواع : بعضها يرجع إلى المنفق عليه خاصة ، وبعضها يرجع إلى المنفق خاصة ، وبعضها يرجع إليهما ، وبعضها يرجع إلى غيرهما . وأما بيان كيفية وجوبها : فهذه تجب على وجه لا تصير دينًا في الذمة أصلًا سواء فرضها القاضي أو لا ، بخلاف نفقة الزوجات فإنها تصير دينًا في الذمة بفرض القاضي أو بالتراضي ، حتى لو فرض القاضي للقريب نفقة شهر فمضى الشهر ولم يأخذ ليس له أن يطالب بها بل تسقط ، وفي نفقة الزوجات للمرأة ولاية المطالبة بما مضي من النفقة في مدة الفرض ، وقد ذكرنا وجه الفرق بينهما في نفقة الزوجات فيقع الفرق بين النفقتين في أشياء . وأما بيان المسقط لها بعد الوجوب فالمسقط لها بعد الوجوب هو مضي الزمان من غير قبض ولا استدانة ، حتى لو فرض القاضي نفقة شهر للقريب فلم يقبض ولا استدان عليه حتى مضت المدة سقطت النفقة ، لما ذكرنا أن هذه النفقة تجب صلة محضة فلا يتأكد وجوبها إلا بالقبض أو ما يقوم مقامه . وأما نفقة الرقيق ، فالكلام في هذا الفصل في مواضع : في بيان وجوب هذه النفقة ، وفي بيان سبب وجوبها ، وفي بيان شرط الوجوب ، وفي بيان مقدار الواجب ، وفي بيان كيفية الوجوب . أما الأول : فوجوبها ثابت بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول . أما الكتاب : فقوله ﷻ : ﴿ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ﴾ [النساء: ٣] معطوفًا على قوله : ﴿ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا ﴾ [النساء: ٣٦] أمر بالإحسان إلى المماليك ، ومطلق يحمل على الوجوب والإنفاق عليهم إحسان بهم فكان واجبًا ، ويحتمل أن يكون أمرًا بالإحسان إلى المماليك أمرًا بتوسيع النفقة عليهم ، لأن المرء لا يترك أصل النفقة على مملوكه إشفاقًا على ملكه ، وقد يقتر في الإنفاق عليه لكونه =

مسألة ١٢٨٠

النفقة تعتبر بحال الزوجين

٢٥٨٦٨ - ذكر الخصاف (١) أن النفقة تعتبر بحال الزوجين جميعًا، فيجب على الزوج الموسر للمرأة الموسرة نفقة متوسطة بين النفقتين (٢).

= مملوكًا في يده، فأمر الله ﷻ السادات بتوسيع النفقة على مماليكهم شكرًا لما أنعم عليهم حيث جعل من هو من جوهرهم وأمثالهم في الخلقة خدمًا وخولًا تحت أيديهم يستخدمونهم ويستعملونهم في حوائجهم. وأما السنة: فما روي أن رسول الله ﷺ كان يوصي بالمملوك خيرًا ويقول: «أطعموهم مما تأكلون واكسوهم مما تلبسون ولا تكلفوهم ما لا يطيقون فإن الله تعالى يقول: ﴿لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾ [البقرة: ٢٨٦] وعن أنس ﷺ قال: «كان آخر وصية رسول الله ﷺ حين حضرته الوفاة الصلاة وما ملكت أيمانكم وجعل ﷺ يغرغر بها في صدره وما يقبض بها لسانه». وعليه إجماع الأمة أن نفقة المملوك واجبة. وأما المعقول: فهو أن العبد مملوك لا يقدر على شيء فلو لم تجعل نفقته على مولاه لهلك. وأما سبب وجوبها فالملك لأنه يوجب الاختصاص بالمملوك انتفاعا وتصرفا وهو نفس الملك، فلما كانت منفعته للمالك كانت مؤنته عليه إذ الخراج بالضمان. وأما شرط وجوبها: فهو أن يكون الرقيق مملوك المنافع والمكاسب للمولى، فإن لم يكن فلا تجب عليه نفقته، فيجب على الإنسان نفقة عبده القن والمدبر وأم الولد لأن أكسابهم ملك المولى، ولا تجب عليه نفقة مكاتبه لأنه غير مملوك المكاسب لمولاه. وأما مقدار الواجب منها: فمقدار الكفاية، لأن وجوبها للكفاية فتقدر بقدر الكفاية كنفقة الأقارب. وأما كيفية وجوبها: فإنها تجب على وجه يجبر عليها عند الطلب والخصومة في الجملة. بيان ذلك أن المملوك إذا خاصم مولاه في النفقة عند القاضي فإن القاضي يأمره بالنفقة عليه فإن أبي ينظر القاضي فكل من يصلح للإجارة يؤاجره وينفق عليه من أجرته أو يبيعه إن كان محلًا للبيع كالقن ورأى البيعَ أصلح ولا يجبر على الإنفاق، وإن لم يصلح للإجارة بأن كان صغيرًا أو جارية وليس محلًا للبيع كالمدبر وأم الولد يجبره على الإنفاق، لأنه لا يمكن بيعه ولا إجارته، وتركه جائعًا تضييع آدمي فيجبر المولى على الإنفاق. وأما نفقة البهائم: فلا يجبر عليها في ظاهر الرواية ولكنه يفتى فيما بينه وبين الله تعالى أن ينفق عليها. وروي عن أبي يوسف أنه يجبر عليها لأن في تركه جائعًا تعذيب الحيوان بلا فائدة وتضييع المال، ونهى رسول الله ﷺ عن ذلك كله ولأنه سفه لخلوه عن العاقبة الحميدة والسفه حرام عقلًا. انظر: بدائع الصنائع (٤/٥٨ : ٢٢).

(١) الخصاف شيخ الحنفية أبو بكر أحمد بن عمرو بن مهير الشيباني الفقيه الحنفي المحدث حدث عن: وهب بن جرير، وأبي عامر العقدي والواقدي وأبي نعيم وعمرو بن عاصم. وخلق كثير. كان فرضيًا حاسبًا عارفًا بمذهب أبي حنيفة صنف للمهتدي بالله كتاب الخراج، وذهب بعض كتبه، من ذلك كتاب عمله في مناسك الحج، وله كتاب في الحيل وكتاب في الوصايا وكتاب الشروط الكبر والصغير وكتاب الرضاع مات سنة إحدى وستين ومائتين وقد قارب الثمانين. قال شمس الأئمة الحلواني: الخصاف رجل كبير في العلوم وهو ممن يصح الاقتداء به. انظر: الفوائد البهية في تراجم الحنفية (٢٩/٣٠) - سير أعلام النبلاء (١٠/٥٠٨).

(٢) ظاهر الرواية أن المعتبر في ذلك حال الزوج في اليسار والإعسار، قال الله تعالى: ﴿عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى =

٢٥٨٦٩ – وقال الشافعي : المعتبر بحال الزوج [1] .

٢٥٨٧٠ – لنا : ما روي أن النبي ﷺ قال لهند : « خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف » [2] فاعتبر حالها دون حاله .

٢٥٨٧١ – ولأنها نفقة واجبة فجاز أن تعتبر بحال المنفق عليه . أصله نفقة ذوي الأرحام ، ولأنه مال مقصود بعقد النكاح فجاز أن يعتبر بحال المرأة . أصله مهر المثل . ولأن المقصود بالنفقة الكفاية والفقيرة لا تحتاج إلى كفاية الموسر بل تكتفي بدون ذلك ، فلا معنى للزيادة .

٢٥٨٧٢ – احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦۖ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُۚ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَآ ءَاتَىٰهَاۚ سَيَجْعَلُ ٱللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا ﴾ [3] قلنا : هذا يدل علي أن الموسر ينفق من سعته وليس فيه أن ينفق أكبر النفقات وقوله : ﴿ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُۚ ﴾ يدل على أنه ينفق بقدر الإعسار .

٢٥٨٧٣ – وكذلك نقول أنه لا يلزمه مع الإعسار أن ينفق إلا الأول ، والزيادة لا تثبت في دمه ولا يؤديها مع العجز . النفقة ، قالوا نفقة واجبة فاعتبرت بحال المنفق كنفقة ذوي الأرحام .

٢٥٨٧٤ – قلنا : ذلك صفة اعتبرت بحال المنفق والمنفق عليه إن كان غنيًا فلا نفقة له ، وإن كان فقيرًا فله النفقة ، وتعتبر بحال المنفق ، لأن الابن الفقير يلزمه لأبيه نفقة الفقير ، والابن الغني يلزمه لأبيه نفقة واسعة أكثر من الفقراء .

- ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ ﴾ وقال الله تعالى : ﴿ لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ ﴾ الآية فتبين أن التكليف بحسب الوسع ، وأن النفقة على الرجال بحسب حالهم . وذكر الخصاف أن المعتبر حالهما جميعا ، حتى إذا كانا موسرين فلها نفقة الموسرين ، وإن كانت هي معسرة تحت زوج موسر تستوجب عليه دون ما تستوجب إذا كانت موسرة ؛ لأن الظاهر أن دون ذلك يكفيها ، وإن كانت موسرة والزوج معسرا تستوجب عليه فوق ما تستوجب إذا كانت معسرة ؛ لتحصل كفايتها بذلك . انظر : المبسوط (١٨٣/٥) ، البدائع (٢٥/٤) .

(١) ولما كان يختلف بحسب حال الزوج بين ذلك بقوله : يجب (على موسر) حر (لزوجته) ولو أمة وكتابية (كل يوم) بليلته المتأخرة عليه كما صرح به الرافعي في الفسخ بالإعسار (مدا طعام ، و) على (معسر مد ، و) على (متوسط) حر (مد ونصف) انظر : مغني المحتاج (١٥٩/٥) .

(٢) أخرجه الإمام البخاري في صحيحه (٢٠٥٢/٥) برقم (٥٠٤٩) باب إذا لم يتفق الرجل للمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف ، الإمام أحمد في مسنده (٥٠/٦) برقم (٢٤٢٧٧) .

(٣) سورة الطلاق : الإية ٧ .

٢٥٨٧٥ – قالوا : مقصود بعقد النكاح فإذا اعتبر بأحد الزوجين لم يعتبر بالآخر أصله مهر المثل .

٢٥٨٧٦ – قلنا : المهر بدل بضعها ، فاعتبر بقيمة البدل دون غيره . والنفقة ليست بعوض وإنما هي للكفاية فكانت بحسب الكفاية .

* * *

مسألة ١٢٨١

مقدار النفقة

٢٥٨٧٧ - قال أصحابنا : النفقة غير مقدرة [١] .

٢٥٨٧٨ - وقال الشافعي : على الموسر مدان وعلى المتوسط مد ونصف وعلى الفقير مد [٢] .

٢٥٨٧٩ - لنا : قوله ﷺ لهند : « خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف » [٣] فرد ذلك إلى اجتهادها ولو كانت مقدرة لبين مقدارها ، ثم سوى بينها وبين نفقة الولد في الكفاية وقد أجمعنا أن نفقة الولد غير مقدرة ، كذلك نفقتها جرى أحدهما على مجرى واحد ، ولأنها نفقة واجبة فلا تتقدر بالشرع ، كنفقة ذوي الأرحام والمماليك .

٢٥٨٨٠ - فإن قيل هذه النفقة تجب على طريق المواساة ، ونفقة الزوج على طريق العوض .

٢٥٨٨١ - قلنا : الكفارات مواساة وقد تقدرت ، والمهر عوض وليس بمقدر عند مخالفنا .

٢٥٨٨٢ - ولأن الواجب للمرأة النفقة والكسوة . ولما كانت الكسوة غير مقدرة كذلك النفقة ، ولأن ما يجب للزوجة والولد ثم لا يتقدر للولد لم يتقدر للزوجة . أصله الكسوة والإدام .

٢٥٨٨٣ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ ﴾ ، قالوا : وهذا يدل على أن المعتبر في النفقة بالزوج [٤] .

---

(١) وأما بيان مقدار الواجب منها فالكلام في هذا الفصل في موضعين : أحدهما في بيان ما تقدر به هذه النفقة والثاني : في بيان من تقدر به . أما الأول فقد اختلف العلماء فيه قال أصحابنا : هذه النفقة غير مقدرة بنفسها بل بكفايتها ، وقال الشافعي مقدرة بنفسها ، على الموسر مدان ، وعلى المتوسط مد ونصف ، وعلى المعسر نصف مد واحتج بظاهر قوله تعالى : ﴿ لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ ﴾ أي قدر سعته فدل أنها مقدرة ولأنه إطعام واجب فيجب أن يكون مقدرا كالإطعام في الكفارات ولأنها وجبت بدلا ؛ لأنها تجب بمقابلة الملك عندنا ، ومقابلة الحبس عندكم فكانت مقدرة كالثمن في المبيع والمهر في النكاح . ولنا قوله تعالى : ﴿ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ مطلقًا عن التقدير ، فمن قدر فقد خالف النص ، ولأنه أوجبها باسم الرزق ورزق الإنسان كفايته في العرف والعادة كرزق القاضي والمضارب . انظر : البدائع (٢٤/٢) .

(٢) الأغلب أن أقل القوت مد وأن أوسعه مدان ، قال والفرض على الوسط الذي ليس بالموسع ولا بالمقتر ما بينهما مد ونصف ، للمرأة ومد للخادم . انظر : الأم (٩٦/٥) .

(٣) سبق تخريجه في المسألة السابقة . (٤) انظر : البدائع (٢٥/٤) .

٢٥٨٨٤ - قلنا : هذا غلط لأن من أصحابنا من قال إنها تعتبر بالزوج ولا تتقدر فلم يصح الاحتجاج بالإجماع .

٢٥٨٨٥ - ولأن هذا غاية ما يذكر في إسقاط التقدير ، وهو قوله : ﴿ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ ﴾ فكيف يستدل به على التقدير ، ولأنا بينا أن الآية لا تدل على اعتبار الوجوب بحال الزوج .

٢٥٨٨٦ - قالوا : الطعام واجب بالشرع يستقر في الذمة ليس بتابع لغيره ، فوجب أن يكون مقدرًا كالإطعام في الكفارات .

٢٥٨٨٧ - قلنا : قوله مستقر في الذمة لا نسلمه ، لأن النفقة تسقط بالموت عندنا . ولو استقرت لم تسقط . وإذا سقط هذا الوصف بطلت العلة بنفقة ذوي الأرحام ، ولأن الطعام في الكفارة يجب لحق اللّٰه تعالى ، والأموال إذا وجبت لحق اللّٰه تعالى دخلها التقدير . والنفقة تجب للآدمي والمال إذا وجب للآدمي لم يتقدر ، ولأن الكفارات تجب على الإنسان لحق اللّٰه تعالى والحاكم لا يحكم بها . فلو لم تتقدر بالشرع لم يتوصل إلى تقديرها ، والنفقة يخاصم فيها المستحق لها ، ويحكم الحاكم بها فيتولى تقديرها .

٢٥٨٨٨ - فإن قيل : إن اللّٰه تعالى قال في كفارة اليمين ﴿ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ ﴾ فأجرى أحدهما مجرى الآخر ، وهذا يقع للتفريق بينهما .

٢٥٨٨٩ - [قلنا : نقدر التسوية بينهما] [١] في الجنس دون القدر بدلالة أن أحدهما يتقدر به الآخر بإجماع . ألا ترى أن عندنا تتقدر الكفارة بذلك .

٢٥٨٩٠ - قالوا : النفقة تجري مجرى المعاوضة ، بدلالة أنها تجب في مقابلة التسليم ، فوجب أن تتقدر ، كالأجرة والثمن .

٢٥٨٩١ - قلنا : ليس إذا وجبت عند التسليم كانت بدلا عنه . ألا ترى أن نفقة ذوي الأرحام تجب عند وجود الفقر ، وليست عوضًا عن الفقر .

٢٥٨٩٢ - ولأن الثمن والأجرة لا تتقدر شرعًا ، وإنما تتقدر بالتراضي ، كذلك النفقة لا تتقدر بالشرع ، وإنما تتقدر بالتراضي وبالقضاء .

٢٥٨٩٣ - وقال الشافعي : إن ثلاث أرطال يجيء منه رطلا خبز فيقع به الكفاية .

٢٥٨٩٤ - قلنا : يحتاج إلى غرامة لطحنه وخبزه ، فما يبقى بعد ذلك لا تقع به الكفاية .

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط (م) ، (ن) ، (ع) ، من صلب (ص) واستدركها المصنف في الهامش .

تزويج الصغيرة التي لا توطأ

٢٥٨٩٥ - قال أصحابنا : إذا تزوج صغيرة لا توطأ فسلمت إليه لم يجب عليه نفقتها (١) .

٢٥٨٩٦ - وهو قول الشافعي في الأم . وقال في موضع آخر تجب نفقتها (٢) .

٢٥٨٩٧ - لنا : أنها غير مسلمة لنفسها في منزل زوجها ، فلم تجب نفقتها كالناشزة [لأنها لم تبلغ بعد] (٣) فلم تجب لها نفقة (٤) .

٢٥٨٩٨ - ولأن كل من لا تجب نفقتها إذا زوجها العم لا تجب نفقتها إذا زوجها

---

(١) جاء في المبسوط : « لا نفقة للصغيرة التي لا يجامع مثلها عندنا . وعلى قول الشافعي رحمه الله تعالى لها النفقة ؛ لأنها مال يجب بالعقد فالصغيرة والكبيرة فيه سواء كالمهر وهذا ؛ لأن الوجوب لحاجتها والصغيرة محتاجة إلى ذلك كالكبيرة ، ألا ترى أن بسبب ملك اليمين تجب النفقة للصغير كما تجب للكبير ، فكذلك بسبب النكاح ، وحجتنا في ذلك أنها غير مسلمة نفسها إلى زوجها في منزله فلا تستوجب النفقة عليه كالناشزة وهذا ؛ لأن الصغيرة جدا لا تنتقل إلى بيت الزوج بل تنقل إليه ولا تنقل إليه للقرار في بيته أيضًا فتكون كالمكرهة إذا حملت إلى بيت الزوج ، ولأن نفقتها عليه باعتبار تفريغها نفسها لمصالحه فإذا كانت لا تصلح لذلك لمعنى فيها كان ذلك بمنزلة منع جاء من قبلها فلا نفقة لها على الزوج ، بخلاف المملوكة ، فإن نفقتها لأجل الملك فقط ، وذلك لا يختلف بالصغر والكبر ، وإن كانت قد بلغت مبلغا يجامع مثلها فلها النفقة على زوجها صغيرا كان زوجها ، أو كبيرا ؛ لأنها مسلمة نفسها في منزله مفرغة نفسها لحاجته » . انظر : المبسوط (١٨٨/٥) ، والبدائع (٢٠/٤) .

(٢) يقول الشافعي في الأم : « إذا نكح الصغيرة التي لا يجامع مثلها وهو صغير أو كبير فقد قيل ليس عليه نفقتها لأنه لا يستمتع بها وأكثر ما ينكح له الاستمتاع بها وهذا قول عدد من علماء أهل زماننا لا نفقة لها لأن الحبس من قبلها ولو قال قائل ينفق عليها لأنها ممنوعة به من غيره كان مذهبا قال وإذا كانت هي البالغة ، وهو الصغير فقد قيل عليه النفقة لأن الحبس جاء من قبله ومثلها يستمتع به وقيل إذا علمته صغيرا ونكحته فلا نفقة لها لأن معلومًا أن مثله لا يستمتع بامرأته قال ولا تجب النفقة لامرأة حتى يدخل عليها زوجها أو تخلي بينه وبين الدخول عليها فيكون الزوج يترك ذلك فإذا كانت هي الممتنعة من الدخول عليه فلا نفقة لها لأنها مانعة له نفسها وكذلك إن هربت منه أو منعته الدخول عليها بعد الدخول عليه لم يكن لها نفقة ما كانت ممتنعة منه » . انظر : الأم (٩٥/٥) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط (م ، ن ، ع) ، من صلب (ص) واستدركها المصنف في الهامش .

(٤) في (ص) [كما لو تزوج سماعها] .

الأب . أصله العانية والممتنعة .

٢٥٨٩٩ - احتجوا : بقوله تعالى ﴿ لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ ﴾ .

٢٥٩٠٠ - قلنا هذا اللفظ لا يستقل بنفسه لأنه يقتضي وجوب الإنفاق . وعندنا يجب على الزوج الصغير أن ينفق على نفسه وعلى غيرها من زوجاته وعلى ذوي أرحامه ، ومماليكه . وليس في الآية ما يدل على وجوب الإنفاق على جميع الناس حتى يحمل على العموم .

٢٥٩٠١ - فلم يبق إلا أن ينصرف إلى ما تقدمه وهو قوله : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾ والصغيرة لا تكون مرضعة فعلم أن الآية خاصة في الكبيرة .

٢٥٩٠٢ - قالوا الصغر معنى من جهة الله تعالى لا صنع لها فيه فلم يمنع صحة التسليم ووجوب النفقة على الزوجة كالمرض والرتق .

٢٥٩٠٣ - قلنا : المانع من التسليم أن يكون من جهة المسلمة أو من جهة غيرها كالموانع من تسليم المبيع / .

٢٥٩٠٤ - ولأن المريضة مسلمة لنفسها تسليما صحيحًا والاستمتاع بها غير موجود ، فمنع ذلك وجوب النفقة . يبين ذلك أن للزوج أن يطالب المريضة بتسليم نفسها .

٢٥٩٠٥ - فدل أن التسليم صحيح ، وليس له أن يطالب بتسليم الصغيرة ، فدل أنه ليس بصحيح ، لأن التسليم إذا لم يكمل لم تجب به النفقة وإن أمكن الاستمتاع ، كالمرأة إذا قالت أنا أسلم نفسي في منزلي ، فالتسليم الذي لم يصح ولا يمكن معه الاستمتاع أولى .

٢٥٩٠٦ - قالوا روي أن رجلًا أتى النبي ﷺ فقال : « إن معي دينارا أفأتصدق به فقال : « أنفقه على أهلك » (١) .

٢٥٩٠٧ - قلنا : في الخبر أنك إذا لم تنفق على زوجتك طالبتك بالطلاق وهذا لا يكون إلا في الكبيرة .

* * *

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٤٦٦/٧) ، ومسند الإمام الشافعي (٢٦٦/١) دار الكتب العلمية .

مسألة ٢٨٣

تزويج الكبيرة صبيًا

٢٥٩٠٨ - قال أصحابنا : إذا تزوجت الكبيرة صبيًا فسلمت نفسها في منزله فلها النفقة [١] .

٢٥٩٠٩ - وقال الشافعي : في أحد قوليه لا نفقة لها [٢] .

٢٥٩١٠ - لنا : أنها سلمت نفسها في منزل زوجها كامرأة الكبير ، ولأن عجزه عن التسليم لمعنى فيه لا يسقط نفقتها رضًا ، كما لو كان مجبوبًا أو عنينًا .

٢٥٩١١ - احتجوا : بأنها دخلت في العقد مع علمها بعجزه عن التسليم في الحال فصار ذلك رضًا ، بترك نفقتها

٢٥٩١٢ - قلنا : يبطل إذا تزوجت بمجنون وهي تعلم ، أو بغائب وهي تعلم بغيبته ، ثم سلمت نفسها في بيته فلم يُقْدِمْ مع علمه بتسليمها

٢٥٩١٣ - قال الشافعي : تجب لها النفقة [٣] .

* * *

(١) ولا نفقة للصغيرة التي لا يجامع مثلها عندنا . وعلى قول الشافعي رحمه الله تعالى لها النفقة ؛ لأنها مال يجب بالعقد فالصغيرة والكبيرة فيه سواء كالمهر . وهذا لأن الوجوب لحاجتها ، والصغيرة محتاجة إلى ذلك كالكبيرة ، ألا ترى أن بسبب ملك اليمين تجب النفقة للصغير كما تجب للكبير ، فكذلك بسبب النكاح انظر : المبسوط (١٨٨/٥) .

(٢) (والأظهر أن) (لا نفقة) ولا مؤنة (لصغيرة) لا تحتمل الوطء ، وإن سلمت له ؛ لأن تعذر وطؤها لمعنى فيها ، وليست أهلا للتمتع بغيره وبه فارقت المريضة ، ونحو الرتقاء (و) الأظهر (أنها تجب لكبيرة) أي : لمن يمكن وطؤها ، وإن لم تبلغ كما هو ظاهر (على صغير) لا يمكن وطؤه إذا عرضت على وليه ؛ لأن المانع من جهته . انظر : الأم (٩٦/٥) ، وتحفة المحتاج (٣٣١/٨) ، نهاية المحتاج (٢٠٩/٧) .

(٣) انظر : الأم (٩٨/٥) .

مسألة ١٢٨٤

إعسار الرجل بنفقة امرأته

٢٥٩١٤ - قال أصحابنا : إذا أعسر الرجل بنفقة امرأته لم يفرق القاضي بينهما ، ولكنها تؤمر أن تستدين عليه (١) .

٢٥٩١٥ - وقال الشافعي : يفرق بينهما إن طلبت الفرقة وكذلك إذا أفلس بالمهر قبل الدخول (٢) .

٢٥٩١٦ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾ (٣) والأمر بالإنظار ينافي الفرقة ، لأن القاضي إنما يفرق إذا طالبت بالنفقة فعجز عنها ، فإذا انتظر بها فظاهر الآية لا يوجب التفريق

٢٥٩١٧ - فإن قيل هذا راجع إلى ما تقدم بدلالة أنه لا يستقل ، فرجع إلى قوله : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ ﴾ .

٢٥٩١٨ - قلنا لو رجع إلى ما تقدم لقال : وإن كان ذا عسرة لأن خبر كان منصوب ، وإنما قال الزجاج كان بمعنى حدث فكأنه تعالى قال : وإن وقع ذو عسرة فنظرة ، وهذا مستقبل غير مفتقر إلى ما تقدم .

٢٥٩١٩ - وقد قيل إن ذو اسم كان وخبرها محذوف تقديره وإن كان ذو عسرة معا فلا تنظره إلى ميسرة ، وهذا مستقل ، لا يفتقر إلى ما تقدم .

---

(١) من أعسر بنفقة امرأته لم يفرق بينهما ، ويقال لها استديني عليه . وقال الشافعي : يفرق ، لأنه عجز عن الإمساك بالمعروف فينوب القاضي منابه في التفريق كما في الجَبِّ والعنة ، بل أولى لأن الحاجة إلى النفقة أقوى . ولنا أن حقه يبطل وحقها يتأخر ، والأول أقوى في الضرر ، وهذا لأن النفقة تصير دينا بفرض القاضي ، فتستوفي في الزمان الثاني ، وفوت المال وهو تابع في النكاح لا يلحق بما هو المقصود وهو التناسل . وفائدة الأمر بالاستدانة مع الفرض أنه يمكنها إحالة الغريم على الزوج ، فأما إذا كانت الاستدانة بغير أمر القاضي فإن المطالبة عليها دون الزوج . انظر : العناية شرح الهداية (٢٩٠/٤) ، المبسوط (١٩١/٥) ، تبيين الحقائق (٥٥/٣) .

(٢) قال الشافعي وإذا أعسر بنفقة المرأة فأجل ثلاثا ثم خيرت فاختارت المقام معه فمتى شاءت أجل أيضًا ثم كان لها فراقه لأن اختيارها المقام معه عفو عما مضي فعفوها فيه جائز وعفوها غير جائز عما استقبل فلا يجوز عفوها عما لم يجب لها ، وهي كالمرأة تنكح الرجل تراه معسرا لأنها قد تعفو عن ذلك راجية أن يوسر بعد عسرته فينفق عليها . انظر : الأم (٩٩/٥) ، تحفة المحتاج (٣٣٦/٨ ، ٣٣٧) .

(٣) سورة البقرة : الآية ٢٨٠ .

٢٥٩٢٠ - ويدل عليه قوله تعالى : ﴿ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ ۚ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَآ ءَاتَىٰهَا ۚ ﴾ ومن لا يقدر على النفقة لا يكلف بالإنفاق .

٢٥٩٢١ - فإن قيل نحن لا نكلفه الإنفاق وإنما نكلفه الفراق وهو يقدر عليه

٢٥٩٢٢ - قلنا : لا يجوز أن يكلف الفرقة بعجزه عن أمر لا يجب عليه ، ولأنه يلزمه أن أصحاب النبي ﷺ كان فيهم فقراء لا يقدرون على شيء ولم يعين ﷺ لهم حق التفريق . ولو كانت المطالبة من حقوقهن بيّنها لهن ، ولأنها نفقة واجبة فلا يتلف ملكه عليه ، لعجزه عنها كما لو عجز عن نفقة أمه وأبيه .

٢٥٩٢٣ - قالوا : إنما لا يأمره بعتق أم الولد ، لأنه يعتق ليتوصل إلى نفقتها بالتزويج ، وهو يقدر أن يتزوجها في الحال فتتوصل إلى النفقة فلا معنى للأمر بالعتق والزوجة لا تقدر أن تتزوج إلا بعد الفرقة ، فلذلك أمرناه بالتفريق .

٢٥٩٢٤ - قلنا : فإذا عجز عن نفقة أم ولده لم يلزمه تزوجها بل يتركها تأكل كسبها وكذلك الزوجة لا يفارقها ولكنه يُخلى بينها وبين الاحتيال ، ويكون ذلك دينًا عليه ، ولأنها نفقة مستحقة أو مقصودة بالنكاح فلا تجب الفرقة للعجز عنها ، كنفقة اليسار والنفقة الماضية .

٢٥٩٢٥ - فإن قيل نفقة اليسار إذا عدمت أمكنها أن تعيش نفقة الإعسار فلم تثبت الفرقة ، وإذا عدمت الإعسار لم يمكن أن تعيش بغير شيء .

٢٥٩٢٦ - قلنا : يمكنها أن تعيش بالتكسب والاستدانة عليه ، كما تعيش الفقيرة التي لا زوج لها . ولأن الفرقة لا تجوز أن تجب للنفقة الماضية ، لأنها دين في الذمة ، فلا يفرق بينهما لأجلها ، كسائر الديون . ولا يستحق للنفقة المستقبلة لأنها [لم تجب ، والتفريق لا يستحق بحق لم يجب . ولا يجوزأن يفرق للنفقة الحالية لأنها] (١) إما أن تكون في حكم الماضية أوالمستقبلة فلا يستحق بها التفريق .

٢٥٩٢٧ - قالوا عندنا تجب نفقة كل يوم في أوله فيفرق بينهما لعجزه عن نفقة يومه وقد وجبت .

٢٥٩٢٨ - قلنا : قد أبطلنا هذا القسم حين ألحقناه بالنفقة الماضية .

٢٥٩٢٩ - قالوا فقد قلتم إن الأب إذا امتنع من نفقة ابنه مع القدرة حبس . وإن

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط (م ، ن ، ع) ، من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

كان يحبس لما مضى ، والأب لا يحبس في ديون ابنه ونفقة الابن لا تصير دينًا ولا يجوز أن يحبس للمستقبل ، لأنه لم يجب نفقة الحال في حكمها .

٢٥٩٣٠ – قلنا نحن نحبسه إذا كان قادرًا لعزمه على منع النفقة مع القدرة . وهذه معصية يستحق بها الحبس . ولأنه عجز عما تقع فيه النيابة والقضاء فلم يستحق التفريق مثل عجزه عن مهرها قبل الدخول وعجزه عن النفقة الماضية ونفقة اليسار ونفقة دمها .

٢٥٩٣١ – احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ فَإِمْسَاكٌۢ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌۢ بِإِحْسَٰنٍ ﴾ قالوا مخيرة بين أمرين : إن عجز عن أحدهما تعين عليه الآخر . قال تعالى : ﴿ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا۟ ﴾ ومتى أمسكها وهو لا يقدر على الإنفاق فقد أضر بها .

٢٥٩٣٢ – قلنا : هذه الآية نزلت في المطلقة أمر اللّٰه تعالى بمراجعتها بمعروف ، وهو أن يراجعها رغبة فيها يستديم نكاحها ويمنع مراجعتها ، لأنه لا يرغب فيها ثم يعود فيطلقها فتطول العدة عليها ، وهذا هو المراد بقوله : ﴿ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا۟ ﴾ أي لا تراجعوهن ولا حاجة لكم فيها وإنما تطولون العدة لتمنعوهن من الأزواج اعتداء . هذا هو قول المفسرين يبين ذلك أن المسهل لهذا وهو لا يقدر على النفقة ليس بمعتد إذا كان غير مكلف بها .

٢٥٩٣٣ – قالوا فنحن نحمل الآية على المطلقة الرجعية إذا كان زوجها فقيرًا تعذر عليه أن يمسكها بمعروف ، فيجب أن يفارقها .

٢٥٩٣٤ – قلنا : لا يجوز أن يكون الإمساك بالمعروف في باب النفقة ، لأن النفقة واجبة قبل الطلاق وبعده على وجه واحد ، فلا معنى للتخصيص بالمطلقة ، ومتى حملنا الآية على الإمساك الذي ذكرناه كان في التخصيص فائدة .

٢٥٩٣٥ – ولأنه لا يصح أن يخير الفقير بين الإمساك بالمعروف في النفقة وبين التسريح ، لأن التخيير إنما يصح بين أمرين يقدر عليهما . فأما أن يخير وهو عاجز عن أحدهما فلا يصح .

٢٥٩٣٦ – قالوا : روى أبو الزبير قال : سئل سعيد بن المسيب عن رجل أعسرته نفقة زوجته فقال : يفرق بينه وبينها فقيل : سُنَّةٌ ؟ قال سنة [١] .

٢٥٩٣٧ – قال الشافعي : فهذا يقتضي سنة النبي ﷺ [٢] .

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٤٦٩/٧) ، ومسند الإمام الشافعي (٢٦٦/١) دار الكتب العلمية – بيروت .

(٢) انظر : السنن الكبرى للبيهقي (٤٦٩/٧) ، ومسند الشافعي (٢٦٦/١) .

٢٥٩٣٨ – قالوا السنة قد تطلق ويراد بها سنة رسول الله ﷺ أو سنة الصحابة أو سنة من يجب الاقتداء به [١] . كذلك قوله ﷺ : « عليكم بسنتي وسنة الخلفاء من بعدي » [٢] وقال : « من سن سنة حسنة فله أجرها » [٣] .

٢٥٩٣٩ – وروي أن ربيعة سأل سعيد بن المسيب عن أرش أصابع المرأة فأجابه أن في قليلها أكثر مما في كثيرها فاستنكر ربيعة ذلك فقال : « إنها السنة يا ابن أخي » [٤] وإنما أخذ ذلك بقول زيد ، فدل أنه سمى السنة لما أخذ من غير رسول الله . وقد خالف سعيد بن المسيب في هذا عمر بن عبد العزيز والزهري والحسن والشعبي فإن الاحتجاج بقوله فنقول هذا لم يعارضه ، وإن كان يقول من سن سنة .

٢٥٩٤٠ – قلنا : لا نعلم هو هل ممن يحتج بقوله على التابعين أو لا .

٢٥٩٤١ – احتجوا : بما روى الشافعي عن ابن عجلان عن المقبري عن أبي هريرة قال : جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال : « يا رسول الله عندي دينار ، فقال أنفقه على نفسك ، فقال عندي آخر فقال أنفقه على ولدك ، فقال عندي آخر فقال أنت أعلم به » [٥] قال أبو سعيد : كان أبو هريرة إذا حدث بهذا الحديث يقول : لك ولدك أنفق عليَّ إلى من تكلني ، وتقول زوجتك أنفق علي أو طلقني ، ويقول خادمك أنفق علي أو بعني . قال فهذا يدل على أن للمرأة المطالبة بالطلاق إذا لم ينفق عليها [٦] .

٢٥٩٤٢ – قلنا : قد بين سفيان بن عيينة أنه من كلام أبي هريرة [٧] وقد روي أنه قيل لأبي هريرة تقول هذا عن رسول الله فقال لا هذا من نفسي [٨] .

٢٥٩٤٣ – فإن قيل تأويل الراوي يرجع إليه .

٢٥٩٤٤ – قلنا : هذا / ليس بتأويل وإنما هو تعليل وتأويل الراوي تعليله لا يلزم ثم لا دلالة فيه لأنه قال : إن لم ينفق عليها طلبت الطلاق ولم يقل يجب الطلاق وقد تطالب ٩٤

(١) قاعدة : « السنة قد تطلق ويراد بها سنة رسول الله ﷺ أو سنة الصحابة أو سنة من يجب الاقتداء به » .
(٢) أخرجه الإمام أحمد في مسنده (١٢٦/٤) ، ابن ماجه في سننه (١٦/١) باب اتباع سنة الخلفاء الراشدين المهديين .
(٣) أخرجه الإمام مسلم في صحيحه (٢٠٥٩/٤) برقم ١٠١٧ باب من سن سنة حسنة أو سيئة ومن دعا إلى هدى أو ضلالة ، الإمام أحمد في مسنده (٣٦١/٤) .
(٤) أخرجه البيقهي في السنن الكبرى (٩٦/٨) . (٥) سبق تخريجه .
(٦) انظر : الأم (١٠٧٥/٥) . (٧) انظر : المصادر السابقة .
(٨) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠٤٨/٥) ، وأخرجه الإمام ابن حزم في المحلى (٤٩/١٠) .

المرأة بالواجب وغيره ، لأن هذا قال فيمن لا ينفق ومعه النفقة . ولا خلاف أن التفرقة هاهنا غير مستحقة .

٢٥٩٤٥ – احتجوا : بما زعموا أن حماد بن سلمة روى عن عاصم بن بهدلة بن النجود (١) عن أبي صالح عن أبي هريرة عن النبي ﷺ : « أنه سئل عن الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته يرى أعسر بنفقة امرأته فقال يفرق بينهما » (٢) وهذا إقدام عظيم سمح في الحكاية عن الرسول شديدًا وإذا أحسنا الظن بمن استدل بهذا حملنا أمره على قلة المعرفة بطرق الحديث وعادة أهله .

٢٥٩٤٦ – وإنما ذكر الدارقطني في كتابه بهذا الإسناد حديث أبي هريرة الذي قدمنا قال : المرأة تقول لزوجها أطعمني أو طلقني وأضاف هذا اللفظ إلى النبي ﷺ وهو غلط .

٢٥٩٤٧ – والصحيح ما قدمناه أنه من كلام أبي هريرة ، ثم ذكر بعده حديث حماد عن يحيى عن سعيد بن المسيب قال في الرجل يعجز عن نفقة امرأته فقال : إن عجز فرق بينهما (٣) ثم ذكر من طريق آخر حديث حماد بن سلمة عن عاصم عن أبي صالح عن أبي هريرة عن النبي ﷺ « بمثله » (٤) .

٢٥٩٤٨ – فظن هذا الصحيح أنه مثل لفظ سعيد بن المسيب فأورده على غير ما ذكره الدارقطني . وإنما أراد الدارقطني بقوله بمثله يعني بمثل حديث حماد بن سلمة الذي أورده قبل حديث سعيد بن المسيب . وهذه عادة لأصحاب الحديث .

٢٥٩٤٩ – ولا يلزم راوي متنه أن يتعلق بلفظ معين ، ويقول بورود الحديث عن رسول الله ﷺ ولا يذكر لفظه ويقوله بمثله ، فلما لما لم يعرف هذا الناقل هذه العادة أورد اللفظ عن ابن المسيب وحكاه عن النبي ﷺ . ومن تتبع كتب الحديث يبحث عنها علم أن هذا اللفظ لم ينقل عن رسول الله ﷺ في حديث صحيح ولا ضعيف ولا هو صريح .

---

(١) هو : عاصم بن أبي النجود الإمام الكبير مقرئ العصر أبو بكر الأسدي الكوفي واسم أبيه جهد روى عن : الحارث بن حسان البكري ، ورفاعة التميمي ، ولهما صحبة . وهو معدود من صغار التابعين حدث عنه : عطاء بن أبي رباح ، وأبو صالح السمان وهما من شيوخه وسليمان التيمي وأبو عمرو بن العلاء وشعبة والثوري ، وحماد بن سلمة . توفي سنة ١٢٣هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (٨٣/٦ : ٧٩) .

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٤٧٠/٧) ، والدارقطني (٢٩٧/٣) برقم (١٩١) .

(٣) انظر : سنن الدارقطني (٢٧٩/٣) برقم (١٩٢) .

(٤) انظر : سنن الدارقطني (٢٩٧/٣) برقم (١٩٤) ، تلخيص الحبير (١٦/٤) .

٢٥٩٥٠ - وقد تكلف بعض أصحابنا هذا الخبر ، فقالوا فرق بينهما بمعنى منع من حبسها في منزله ومكنها من نفسها لتتصرف ، وتكتسب ، كما يمكن العبد إذا لم ينفق عليه مولاه من الاكتساب حتى ينفق على نفسه

٢٥٩٥١ - فإن قيل : إذا ذكرت الفرقة من هذا الوجه فالظاهر أن المراد بها الطلاق أو الفسخ .

٢٥٩٥٢ - قلنا حقيقة الفرقة هو التفريق في المكان والتفريق في الحكم يتناول الاسم وليس أحدهما أولى من الآخر . وهذا التأويل عندي محظور من الدين ، لأن التشاغل به يوهم أن هذا من كلام رسول الله ﷺ .

٢٥٩٥٣ - احتجوا : بما روي أن عمر كتب إلى أمراء الأجناد في رجال غابوا عن نسائهم فأمرهم أن يأخذوهم بأن ينفقوا أو يطلقوا فإن لم يطلقوا بعثوا بنفقة ما حبسوا [١] .

٢٥٩٥٤ - قالوا : وهذا يدل على أن من لم ينفق على زوجته يطالبه السلطان بفراقها .

٢٥٩٥٥ - قلنا : هؤلاء أجناد يلزم الإمام أن يعطيهم ما يكفيهم ويكفي عيالهم . ومن قدر على الإنفاق أجبر عليه ولم يفرق بينه وبين زوجته ، وإنما أمرهم عمر أن ينفقوا لقدرتهم على ذلك ، وأفتاهم أن يطلقوا إن لم يختاروا الإنفاق حتى لا يضيعوهن . وليس هذا موضع الخلاف .

٢٥٩٥٦ - احتجوا : بما روي أن الله تعالى : « خير نبيه ﷺ بين أن يكون ملكًا شكورًا أو عبدا فقيرًا فاختار الفقر » فأمره أن يخير نساءه بين المقام معه والفراق [٢] فإذا ثبت لنساء النبي ﷺ هذا الفراق كذلك لنساء أمته [٣] .

٢٥٩٥٧ - قلنا : النبي ﷺ : كان لا يعجز عن نفقتهن وكان يدخر لهن قوت سنة . [٤] وكيف يظن أنه لا يجد ما ينفق ، وهذا بعضه يؤثر في الكفاءة ، ولايضاف إلى رسول الله ﷺ تقصير ، وإنما قال الله تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ قُل لِّأَزۡوَٰجِكَ إِن كُنتُنَّ تُرِدۡنَ ٱلۡحَيَوٰةَ ٱلدُّنۡيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيۡنَ أُمَتِّعۡكُنَّ وَأُسَرِّحۡكُنَّ ﴾ لأن الزاهد لا يرغب في مصاحبة من يريد الدنيا وزينتها ، فكأنه قال : إن كنتن تردن الدنيا رغبت عنكن ، وهذا

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٤٩٦/٧) ، والإمام الشافعي في مسنده (٢٦٧/١) .
(٢) صحيح البخاري (١٧٩٦/٤) برقم ٤٥٠٧ باب قوله : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ قُل لِّأَزۡوَٰجِكَ إِن كُنتُنَّ تُرِدۡنَ ٱلۡحَيَوٰةَ ٱلدُّنۡيَا وَزِينَتَهَا ﴾ .. إلخ ، مسلم (١١٠٣/٢) برقم ١٤٧٥ ، باب بيان أن تخيير امرأته لا يكون طلاقًا إلا بالنية .
(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٧١/٤) .
(٤) أخرجه الإمام البخاري في صحيحه (٢٠٤٨/٥) برقم ٥٠٤٢ باب حبس نفقة الرجل قوته سنة على أهله .. إلخ .

لا تعلق له بموضع الخلاف .

٢٥٩٥٨ - قالوا المهر بدل عن مبدل ، فجاز إزالة استحقاق الملك عن المبدل بإعواز البدل . أصله إذا تبايعا عبدًا ولم يتقابضا فهرب المشتري .

٢٥٩٥٩ - قلنا : يبطل إذا خالعها على مال فعجزت عنه لم تستحق إزالة الملك عن البضع .

٢٥٩٦٠ - قالوا المرأة لا تملك ما كان الزوج يملكه .

٢٥٩٦١ - قلنا : فقد ملكت عليه ما كان يملكه ، لأن النساء يملكن البضع ليتصرفن فيه لا ليستوفين منافعه كما تملك المرأة بضع أَمَتِها .

٢٥٩٦٢ - ولأن المعنى في البيع أنه عقد لا ينفرد عن تسمية العوض [فلذلك جاز أن يستحق إزالة الملك عن المعوض بالعجز عن العوض . ولما انفرد النكاح عن تسمية العوض] [1] لم يستحق إزالة الملك فيه بالعجز عن العوض .

٢٥٩٦٣ - فقالوا عقد يلحقه الفسخ فجاز أن يلحقه الفسخ بإعواز البدل ، كالكتابة .

٢٥٩٦٤ - قلنا : المعقود عليه الكتابة ، ولم يزل ملك العاقد عنه فيصير كالبيع المشروط فيه الخيار للبايع ، والملك قد زال في مسألتنا ، فتعذر البدل لا يوجب الفسخ كالخلع والعتق على مال .

٢٥٩٦٥ - قالوا : عجز عن الإنفاق على عبده .

٢٥٩٦٦ - قلنا هذا غير مسلم فإنا نفتي المولى ببيع عبده ولا نجبره على البيع كما نفتيه هاهنا بأن يطلق ولا نفرق بينهما .

٢٥٩٦٧ - ولأن العبد إذا بيع حصلت له النفقة بإزالة الملك من المشتري والمرأة بزوال الملك لا تحصل لها النفقة لأنها تنتظر انقضاء العدة ثم التزويج جاز أن يتأخر وهو التحريم موجود في الزوج الأول لأنه يجوز أن يملك في هذه المدة أو أقرب منها ما ينفقه عليها .

٢٥٩٦٨ - ولأنه في النكاح يتلف ملكه عليه بغير عوض . فوزانه من العبد أن يعتق عليه . وهذا لا يجوز باتفاق ، ولأن عليه بيع العبد إذا امتنع من الإنفاق وإن كان موسرًا ، ولا يفرق بينه وبين زوجته إذا كان قادرًا وامتنع من النفقة عليها ، ولأنا لو لم نلزمه بيع العبد سقط حق العبد في الحال والتالي ، لأن نفقته لا تصير دينا والزوجة يقضى بنفقتها ويجعل ذلك دينا لها فلا يسقط أصلًا ، فلذلك لم يفرق بينهما .

٢٥٩٦٩ - قالوا : ما عُدَّ من مقصود النكاح جاز أن يُمْلَكَ الفسخ بإعوازه

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط (م ، ن ، ع) ، من صلب (ص) واستدركها المصنف في الهامش .

كالاستمتاع . وربما قالوا إنه يفقد بالوطء لذة ، وبالقوت الحياة فإذا ثبت بتعذر الوطء الخيار فيثبت الخيار بهذا أولى .

٢٥٩٧٠ - قالوا : ولأن النفقة حق خالص لها ، والوطء حق مشترك بينهما ، فإذا وجب لهما الخيار بفقد الوطء فهذا أولى .

٢٥٩٧١ - قلنا الفرقة تثبت في العدة ، لأن المهر لم يستقر استقرارًا صحيحًا ، ولهذا [لو وطئ ثم عجز لم يثبت الخيار فلو كان في النفقة لوجب إذا أنفق أيثبت الخيار .

٢٥٩٧٢ - قلنا : المعنى] [1] الذي ظهر به العجز ابتداء بمثله يظهر في الثاني ، ولأن هذا لا يتحقق في الحالين .

٢٥٩٧٣ - ولأن التفريق بالعنة لا يثبت حتى يقع الإياس من الوطء وبتعذر النفقة لا يقع اليأس بها ابتداء ، لأن رزق اللّٰه غير منقطع .

٢٥٩٧٤ - ولأن الوطء لو منعها منه بيمين جاز أن يستحق التفريق في الإيلاء كذلك إذا تعذر بغير يمين . والنفقة لو منعها إياها بيمين ، ولم يظهر موضع ماله ، لم تجب الفرقة . كذلك إذا تعذرت بغير يمين .

٢٥٩٧٥ - ومن أصحابنا من قال إن شهوة الوطء ركبت في الرجال والنساء وهي لا تتوصل إليها إلا من زوجها ، فإذا تعذر ثبت الخيار . فأما النفقة فيجوز أن يحصل لها من غير زوجها فلم يكن تعذرها من الزوج يثبت الخيار .

٢٥٩٧٦ - قالوا للزوج إمساكان : إمساك عقد وإمساك يد ، فإذا سقط بالعجز عن الإنفاق إمساك اليد وجب أن يسقط إمساك العقد .

٢٥٩٧٧ - قلنا يبطل بالعبد الذي له كسب إذا عجز مولاه عن الإنفاق زال حبس اليد عنه ، وأجره الحاكم وأذن له في الاكتساب ولا يزول حبس الملك .

٢٥٩٧٨ - ولأن حبس اليد لا يزول عنها بكل حال . ألا ترى أنها إذا اكتسبت ما تنفق يثبت له حبسها إلى أن تحتاج إلى الاكتساب .

٢٥٩٧٩ - ولأن حبس اليد يؤثر فيه تأخير توفية العوض مع القدرة عليه ، وهو إذا تزوجها ولم يعطها المهر فجاز أن يؤثر / فيه تعذر الإنفاق وجنس الملك لا يزول بتركه الإنفاق مع القدرة وكذلك مع العجز . ٩٤ أ

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط (م ، ن ، ع) ، من صلب (ص) واستدركها المصنف في الهامش .

السكن والنفقة للمطلقة

٢٥٩٨٠ – قال أصحابنا : للمطلقة النفقة والسكنى (١) .

٢٥٩٨١ – وقال الشافعي : المبتوتة لها السكنى ولا نفقة لها (٢) .

٢٥٩٨٢ – لنا : قوله تعالى : ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا۟ عَلَيْهِنَّ ﴾ وإن كانت محبوسة لحقه فلم ينفق عليها فقد أضر بها وضيق عليها إذا منعها النفقة . وإذا نقصها منها كما يقال ضيق عليها إذا أشرك معها في المكان غيرها . فأما إذا منعها السكنى فلا يقال ضيق عليها بل وسع عليها ؛ لأن الواجب أن تقيم في مكان واحد فإذا منعها منه صار لها أن تقيم في جميع المواضع ، وذلك توسعة عليها وليس بتضييق .

٢٥٩٨٣ – ولأن في حمله على السكنى تكرارًا ، وفي حمله على النفقة إثبات فائدة جديدة ، فكان أولى .

٢٥٩٨٤ – فإن قيل : التضييق منع الواجب فدلوا على أن النفقة واجبة .

٢٥٩٨٥ – قلنا : نحن نثبت الاسم باللغة ثم نتبعه الحكم الشرعي .

٢٥٩٨٦ – ويدل عليه قوله تعالى : ﴿ وَلِلْمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ والمتاع : هو النفقة بدلالة قوله تعالى : ﴿ مَّتَٰعًا إِلَى ٱلْحَوْلِ غَيْرَ إِخْرَاجٍ ﴾ .

---

(١) لكل مطلقة بثلاث أو واحدة السكنى والنفقة ما دامت في العدة ، أما المطلقة الرجعية ؛ فلأنها في بيته منكوحة له كما كانت من قبل . وإنما أشرف النكاح على الزوال عند انقضاء العدة ، وذلك غير مسقط للنفقة ، كما لو آلى منها ، أو علق طلاقها بمضي شهر ، فأما المبتوتة فلها النفقة والسكنى ما دامت في العدة عندنا . وعلى قول الشافعي لها السكنى ولا نفقة لها إلا أن تكون حاملًا . وعلى قول ابن أبي ليلى لا نفقة للمبتوتة في العدة ، واستدلوا بحديث فاطمة بنت قيس – رضي الله تعالى عنها – قالت طلقني زوجي ثلاثًا فلم يجعل لي رسول الله ﷺ نفقة ولا سكنى . إلا أن في صحة هذا الحديث كلامًا ؛ ؛ فإنه روي أن زوج فاطمة أسامة بن زيد كان إذا سمع منها هذا الحديث رماها بكل شيء في يده . انظر : المبسوط (٢٠٢/٥) ، البدائع (٢٣٣/٢) .

(٢) (قال الشافعي) وقلت له فكيف زعمت أنه لا يجب على الرجل نفقة امرأته إلا بالدخول وإن خلت بينه وبين نفسها ؟ قال : لأنه لم يستمتع منها بجماع ، قلت : أفرأيت إذا غاب أو مرض أيستمتع منها بجماع ؟ قال لا ، ولكنها محبوسة عليه قلت أفتجدها مملكة محبوسة عليه ؟ قال : نعم ، قلت : ويجب بينهما الميراث ؟ قال : نعم ، قلت : وإن كانت النفقة للحبس فهي محبوسة وإن كانت للجماع فالمريض والغائب لا يجامعان في حالهما تلك فأسقط لذلك النفقة . انظر : الأم (١١٨/٥) .

٢٥٩٨٧ – ويدل عليه ما روى أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم عن عمر بن الخطاب ﷺ أنه لما سمع حديث فاطمة بنت قيس قال : لا ندع كتاب ربنا وبيان سنة نبينا بقول امرأة لعلها نسيت أو شبه لها عندما سمعت النبي ﷺ يقول : « لها السكنى والنفقة » (١) .

٢٥٩٨٨ – فإن قيل : رواه إبراهيم عن عمر وهو مرسل .

٢٥٩٨٩ – قلنا المرسل عندنا والمسند في الاحتجاج سواء لاسيما مراسيل إبراهيم ، وقد روي عنه أنه قال : إذا حدثني عن ابن مسعود واحد سميته ، فإذا حدثني جماعة قلت : قال ابن مسعود (٢) ، فهذا يدل على أن مراسيله أقوى من مسانيده .

٢٥٩٩٠ – ولأنها مستحقة للسكنى ، فوجب أن تستحق النفقة ما لم يسقط حقها عنها كالمطلقة الرجعية ، فجاز أن تستحقه المبتوتة الحامل كالسكنى .

٢٥٩٩١ – فإن قيل : السكنى حق الله تعالى ، ولهذا لا يسقط بإسقاطها ، والنفقة حق لها بدلالة أنها تسقط بإسقاطها .

٢٥٩٩٢ – قلنا : هذا لم يمنع أن يتساويا في الثبوت ويتساويا في السقوط بعد انقضاء العدة ، ولأنها أحد حالتي الحبس أعنى حال الملك وحال زوال الملك ، فإذا جاز أن تجب النفقة في إحدى الحالتين للحامل فكذلك الأخرى ، ولا يمكن القول بموجبه في الرجعية .

٢٥٩٩٣ – ولأنه ملك من جهته حال الملك فقد دخلت في أصل العلة .

٢٥٩٩٤ – ولا يلزم المتوفى عنها زوجها ؛ لأنها من جملة الفرع . والتعليل لحق أن ثبوت النفقة في جملة هذه الحال ولأنها محبوسة عن الأزواج في منزل الزوج بحقه ذلك طلقة رجعية .

٢٥٩٩٥ – ولا يلزم المتوفى عنها زوجها . لأنها محبوسة في منزل الورثة ، ولأنها إحدى عدتي الطلاق فجاز أن تجب لها النفقة كالحامل . أصله المطلقة الرجعية ، ولأنها عدة تمنع الخروج في الزمانين فجاز أن تجب فيها النفقة للحامل كالرجعية .

٢٥٩٩٦ – فإن قيل : المعنى في المطلقة الرجعية أنها زوجة ، بدلالة أنه يصح الإيلاء منها والظهار .

٢٥٩٩٧ – قلنا : قد زال بعض أحكام الزوجية وبقى بعضها وكذلك المبتوتة زال

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٤٧٥/٧) ، والدارقطني (٢٤/٤) .

(٢) انظر : سنن الدارقطني (١٧٤/٣) .

بعض أحكام الزوجية وبقى بعضها بدلالة تحريمها على الأزواج ، ووجوب السكنى وثبوت نسب الولد فإن قيل النفقة في مقابلة الاستمتاع والرجعية هو يتمكن من الاستمتاع ؛ لأنه يراجعها متى شاء فيطؤها فلذلك وجبت نفقتها ، وأما البائن فلا يملك الاستمتاع بها فلذلك لم تجب نفقتها .

٢٥٩٩٨ – قلنا : النفقة تجب بوجود تسليم نفسها بحكم نكاح صحيح ، فأما في مقابلة الاستمتاع فلا . ولهذا تجب نفقة امرأة الصغير لوجود التسليم ، وإن لم يكن من أهل الاستمتاع . ولا تجب نفقة الأمة إذا لم يُبَوِّئْهَا مولاها بيت الزوج إن استمتع بها في بيت مولاها .

٢٥٩٩٩ – ولأن الزوج عند مخالفنا لا يملك الاستمتاع بالمطلقة بجواز أن يراجعها فتستباح لجواز أن تسلم الناشزة ، وذلك لا يوجب النفقة ؛ لأنها تستحق النفقة إذا كانت حاملًا فجاز أن تستحقها إذا كانت حائلًا ، كالمطلقة الرجعية .

٢٦٠٠٠ – والدليل على أن نفقة الحامل لها لا لحملها قوله تعالى : ﴿ وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ ﴾ فأمر بالإنفاق على المرأة الموصوفة بالحمل ؛ إذ المستحق إذا وصف بصفة كان الاستحقاق له لا للصفة كقوله : أعط رجلًا طويلًا درهمًا .

٢٦٠٠١ – ولأن النفقة لو كانت للحمل لم تجب علي أبيه لأن نفقة ذوي الأرحام لا تجب مع الاستغناء عنها والحمل غني عن النفقة .

٢٦٠٠٢ – ولأن نفقة الزوجة عند مخالفنا مُقَدَّرة ، ونفقة الولد غير مقدَّرَة . ولو كانت هذه النفقة للحمل لم تتقدر دل على أنها للحامل .

٢٦٠٠٣ – ولأن حقوق الحمل تقف على ولادته ، فلو وجبت هذه النفقة لم تثبت قبل الولادة .

٢٦٠٠٤ – ولأن الولد المملوك تجب نفقته على مولاه لا على والده فلما وجبت نفقة الحامل على زوجها دل على أن النفقة لها .

٢٦٠٠٥ – ولأن الحمل لو كان له مال أو أوصي به لم تجب النفقة فيه . ونفقة الولد لا تجب على أبيه إذا كان له مال ، ولأن المنكوحة نكاحًا فاسدًا تجب نفقتها على الواطئ ، وإن كانت حاملًا ، فلو كانت النفقة للحمل لم تختلف الزوجة وغيرها . وإذا ثبت أن النفقة للحامل صح الوصف .

٢٦٠٠٦ – ولأن كل من وجب عليه سكنى شخص وجب عليه نفقته ، كالزوجة والمولى مع مملوكه .

٢٦٠٠٧ – ولا يلزم المرتهن أن يجب عليه سكنى الرهن وللمرتهن إن شاء استوفاه وإن شاء تركه ، فأما أن يجب عليه فلا .

٢٦٠٠٨ – احتجوا بقوله تعالى : ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم ﴾ فأطلق السكن ثم قال : ﴿ وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُواْ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ فأوجب النفقة بشرط الحمل ، فلو كانت السكنى والنفقة سواء لأطلق وجوبهما .

٢٦٠٠٩ – ولأنه علق النفقة بشرط والحكم المعلق بشرط يدل على نفي ما عداه .

٢٦٠١٠ – قلنا : لا نسلم أنه إذا أطلق السكنى وجبت دون النفقة ، لما بينا أن قوله « ولا تضاروهن » قد أفاد وجوب النفقة على الإطلاق ، ثم أعاد ذكرها معلقًا بشرط لفائدة أخرى .

٢٦٠١١ – فأما قولهم : إن الحكم [المعلق بشرط يدل على نفي ما عداه ، فلسنا نقوله ، وإنما نقول بل يدل على ثبوت الحكم] [١] الثابت مع الشرط عند عدمه ، بحسب الدليل ، على أن اللّٰه تعالى ذكر هذا في المطلقة وهذا عام في المبتوتة والرجعية ومعلوم أن إيجاب النفقة للحامل الرجعية لا يقتضي أن يكون المشروط بخلاف الشرط ، كذلك لا يلزمنا في المبتوتة . فإن قيل : فائدة شرط اللّٰه تعالى الحمل في وجوب النفقة .

٢٦٠١٢ – قلنا : الفائدة أن اللّٰه تعالى تارة يبين الحكم بصريح اللفظ ، وتارة يكله إلى الاجتهاد فتكون الفائدة في التخصيص أن يقف ما سوى المذكور على الدلالة . ويجوز أن تكون الفائدة أن يبين أن نفقة الحامل على زوجها حتى لا يظن أن نفقة الحمل في ماله أو من مال من تلزمه نفقته إذا كان مملوكًا .

٢٦٠١٣ – ويجوز أن تكون الفائدة أن مدة الحمل أطول من مدة العدة ؛ لأن أقله ستة أشهر ، ويمتد عندنا إلى سنتين وعند غيرنا إلى أربع سنين وخمسة ، والعدة لا تبلغ ذلك فيبقى أن تجب نفقة الحامل إلى أن تضع ، وإن طالت مدة الحمل .

٢٦٠١٤ – احتجوا : بحديث فاطمة بنت قيس : « أن زوجها طلقها ثلاثًا وهو غائب بالشام فأرسل إليها وكيله بشعير فسخطته ، فقال : واللّٰه مالك علينا من شيء ، فأتت رسول اللّٰه ، فذكرت ذلك له ، فقال : « ليست لك النفقة » وأمرها أن تعتد في بيت أم شريك ، ثم قال : « تلك امرأة يغشاها أصحابي . اعتدي عند ابن أم مكتوم ؛

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط (م ، ن ، ع) ، من صلب (ص) واستدركها المصنف في الهامش .

فإنه رجل أعمى فإذا حللت فآذنيني »[١] .

٢٦٠١٥ - قالوا : رواه أبو داود ، وقال فيه : أن النبي ﷺ قال : « لا نفقة لك إلا أن تكوني حاملًا »[٢] .

٢٦٠١٦ - قلنا : هذا الخبر أنكره عمر بن الخطاب ﷺ ، وقال : ما رويناه عنه ، وقالت عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا : لا خير لفاطمة بنت قيس في رواية هذا الحديث ، وكان زوجها أسامة بن زيد إذا سمعها تذكر ذلك رماها بكل شيء كان يحمل في يده ، وقال سعيد بن المسيب : تلك امرأة فتنت النساء بروايتها[٣] ، وذكر أبو إسحاق أن الأسود سمع الشعبي بحديث فاطمة بنت قيس في المسجد فحصبه ، وقال : ويلك[٤] تحدث بمثل هذا الحديث ، وقد أنكره عمر بن الخطاب عليها / ومن شرط قبول الخبر تعريه عن إنكار السلف .

٢٦٠١٧ - فإن قيل : إنما أنكر عليها روايتها إسقاط السكنى ؛ لأنه قال : لا ندع كتاب ربنا ، وليس في الكتاب النفقة ، وإنما فيه السكنى .

٢٦٠١٨ - قلنا : بل فيه النفقة بقوله تعالى : ﴿ وَلِلْمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ وقوله : ﴿ وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُواْ عَلَيْهِنَّ ﴾ .

٢٦٠١٩ - ولأنه روى في الخبر أنها استطالت بلسانها على أحمائها فنقلها النبي ﷺ ، وأسقط نفقتها بخروجها من منزله كما سقط بنشوزها[٥] ، يبين ذلك أنه أسقط السكنى والنفقة .

٢٦٠٢٠ - وقد اتفقنا على وجوب السكنى والنفقة[٦] فالمعنى الذي أسقط مخالفنا به السكنى هو المسقط للنفقة عندنا .

٢٦٠٢١ - قالوا لو كان كذلك لا يسقط النفقة على الإطلاق ، فلما روى أبو داود أنه قال : « لا نفقة لك إلا أن تكوني حاملًا » لم يصح هذا التأويل .

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١١١٤/٢) برقم (١٤٨٠) باب المطلقة ثلاثًا لا نفقة لها ، والإمام أحمد في مسنده (٤١٢/٦) ، برقم (٢٧٣٦٨) .

(٢) انظر : سنن أبو داود (٢٨٧/٢) برقم (٢٢٩٠) .

(٣) انظر : سنن أبي داود (٢٨٨/٢ ، ٢٨٩) برقم (٢٢٩١-٢٢٩٦) .

(٤) أخرجه الإمام مسلم في صحيحه (١١١٨/٢) برقم (١٤٨٠) .

(٥) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٤٣٣/٧) .

(٦) ساقطة من (ص) .

٢٦٠٢٢ - قلنا : أبو داود نطرق الخبر ، ولم يذكر الزيادة في عامة الطرق وذكرها ، في قصة مروان أنه أرسل إلى فاطمة فسألها فذكرت ذلك له [١] ، فقال لسنا نأخذ بهذا ، وإنما نأخذ بالعصمة التي وجد الناس عليها [٢] فأخبر أن عمل الناس بخلاف الخبر ، ومن تركت الصحابة العمل بخبره لم يلتفت إليه .

٢٦٠٢٣ - فإن قيل : روى الدارقطني بإسناده في حديث فاطمة ، قالت : قال رسول الله ﷺ : « المطلقة ثلاثًا لا سكنى لها ولا نفقة إنما السكنى والنفقة لمن يملك الرجعة » [٣] .

٢٦٠٢٤ - قلنا : رواه جابر الجعفي عن عامر عن فاطمة ، وقد قال الدارقطني : إن جابر الجعفي كذاب .

٢٦٠٢٥ - قالوا : روى حديث السري ، قلنا السري لم يخرجه البخاري في الصحيح وضعفه ، وكيف يروي عن عائشة رضي الله عنها هذا الخبر ، والمشهور عنها إنكارها ، إلا أن يكون يرويه على طريق التعجب . وقد ذكر الدارقطني حديث أبي الزبير عن جابر أن النبي ﷺ قال : « للمطلقة ثلاثًا السكنى والنفقة » [٤] .

٢٦٠٢٦ - فإن قيل : إذا كانت الأخبار تعارضه في قصة فاطمة فالرجوع إلى روايتها أولى ؛ لأنها أعرف بقصتها كما رجح أصحاب النبي عليه السلام خبر الزوجات في « التقاء الختانين » [٥] ؛ لأنهن أعرف . ولما سئلت عائشة رضي الله عنها عن مسح الخفين ، قالت : للسائل : سل عليًا فإنه كان يسافر مع رسول الله ﷺ » [٦] .

٢٦٠٢٧ - قلنا : إذا كانت غلطت ، وروت سقوط السكنى التي اتفقنا على وجوبها .

٢٦٠٢٨ - قالوا : نجمع بين الأخبار فتقول الذي روي أنه ﷺ قال : « لها السكنى والنفقة » ؛ لأنه ظن أن طلاقها رجعي ، ثم علم أنها مبتوتة فقال : لا سكنى ولا نفقة .

٢٦٠٢٩ - قلنا : فنحن نستعمل مثله ، فنقول أوجب لها النفقة ؛ لأنه لم يعلم

---

(١) ساقطة من (ص)

(٢) انظر : سنن أبي داود (٢٨٧/٢) برقم (٢٢٩٠) ، وصحيح مسلم (١١١٧/٢) برقم (١٤٨٠) .

(٣) انظر : سنن الدارقطني (٢٢/٤) برقم (٦٢) .

(٤) انظر : سنن الدارقطني (٢١/٤) برقم (٥٩) .

(٥) أخرجه الإمام البخاري في صحيحه (١١٠/١) برقم (٢٨٣) باب نوم الجنب ، الإمام الشافعي في مسنده (١٥٩/١) .

(٦) انظر : مسند أبي حنيفة (٧٢/١) ، وأخرجه الإمام أحمد في مسنده (٩٦/١) .

بنشوزها ، فلما علم ذلك أسقطها .

٢٦٠٣٠ - فإن قيل : تعديها ليس بنشوز .

٢٦٠٣١ - قلنا : إذا لم يمكن أن تقيم في منزل الزوج ، فقد صار الامتناع بمعصية من جهتها .

٢٦٠٣٢ - قالوا : زوجية زالت ، فزالت النفقة بزوالها كالمتوفاة .

٢٦٠٣٣ - قلنا : يبطل بالحامل . والمعنى في الأصل أن النفقة تسقط مع الحمل كذلك مع عدمه .

٢٦٠٣٤ - [وفي مسألتنا تجب النفقة مع الحمل كذلك مع عدمه] (١) .

٢٦٠٣٥ - قالوا : بائن ، فوجب أن تسقط نفقتها كالمطلقة قبل الدخول .

٢٦٠٣٦ - قلنا : هناك لما سقط سكانها سقطت نفقتها ، ولما لم تسقط في مسألتنا السكنى كذلك النفقة .

٢٦٠٣٧ - قالوا : النفقة تجب بإزاء التمكين ، ولهذا تسقط بالنشوز وليس هاهنا تمكين ، فلا تجب النفقة .

٢٦٠٣٨ - قلنا النفقة تجب بحبسها في منزل الزوج لحقه ، وهذا المعنى موجود . وإنما سقطت بالنشوز لزوال الحبس .

٢٦٠٣٩ - قالوا : نفقة بحق الملك ، فسقطت بزوال الملك كالعبد إذا اعتقه .

٢٦٠٤٠ - قلنا : هناك سقطت السكنى فسقطت النفقة .

٢٦٠٤١ - وفي مسألتنا بخلافه ، أو نقول : لم يبق بعد العتق حكم من أحكام الملك ، فلم يجز أن تبق النفقة . وقد بقي في المبتوتة حكم من أحكام الملك ، فجاز أن تبقى النفقة .

٢٦٠٤٢ - قالوا : مبتوته فلم تجب لها نفقة ، كما لو ارتدت أو قبلت أباه .

٢٦٠٤٣ - قلنا : هناك منعت نفسها من زوجها بمعصية ، ولو فعلت هذا مع بقاء ملكه سقطت نفقتها كالناشزة ، فمنع زوال الملك أولى .

٢٦٠٤٤ - وفي مسألتنا : منعت الاستمتاع بحق ، فلم تسقط نفقتها ، كما لو منعت نفسها لتأخذ مهرها .

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط (م ، ن ، ع) ، من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

نفقة كل ذي رحم محرم

٢٦٠٤٥ – قال أصحابنا : النفقة واجبة لكل ذي رحم محرم من جهة النسب إذا كان فقيرًا موافقًا في الدين (١) .

٢٦٠٤٦ – وقال الشافعي : لا تجب النفقة إلا للوالدين والولد (٢) .

٢٦٠٤٧ – لنا : قوله تعالى : ﴿ إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُ بِٱلْعَدْلِ وَٱلْإِحْسَٰنِ وَإِيتَآيِٕ ذِى ٱلْقُرْبَىٰ ﴾ وهذا يقتضي وجوب حق يدفع إلى الأقارب ، ولا حق إلا النفقة ولا يجوز حمله على أفراده ؛ لأنه تخصيص بغير دليل .

٢٦٠٤٨ – ويدل عليه قوله تعالى : ﴿ وَءَاتِ ذَا ٱلْقُرْبَىٰ حَقَّهُۥ وَٱلْمِسْكِينَ وَٱبْنَ ٱلسَّبِيلِ ﴾ فأوجب إيتاء ذي القربى كما أوجب إيتاء المساكين ، ومعلوم أنه يجب أن يوفى المسكين حقًا من المال ، كذلك القريب .

٢٦٠٤٩ – ويدل عليه قوله تعالى : ﴿ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ إلى قوله : ﴿ وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ ﴾ وهذا يقتضي وجوب النفقة على كل وارث كوجوبها على الوالد .

٢٦٠٥٠ – فإن قيل النفقة والكسوة نفقة الزوجية فأما أجرة الرضاع فتجب بحسب التراضي .

---

(١) إذا فرض القاضي لها النفقة على زوجها فأنفقت من مالها ولم تأخذ منه شيئًا فلها أن تأخذه بما مضى من ذلك ؛ لأن نفقة الزوجة تصير دينا بقضاء القاضي ، أو الصلح عن التراضي وقد بيناه . قال : وإن كان هذا في ذي الرحم المحرم فأنفق على نفسه من مال آخر بعد فرض القاضي لم يكن له أن يرجع على الذي فرض له عليه بشيء ؛ لما بينا أن المعتبر هنا حقيقة الحاجة وقد انعدم ذلك بمضي ذلك الوقت فلا تصير النفقة دينًا . وأورد في باب الزكاة من الجامع أن نفقة ذي الرحم المحرم تصير دينًا بقضاء القاضي . وإنما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع ، فوضع المسألة هناك فيما إذا استدان المنفق عليه وأنفق من ذلك فتكون الحاجة قائمة لقيام الدين عليه ، وهنا وضع المسألة فيما إذا أنفق من مال له ، أو من صدقة تصدق بها عليه والحاجة لا تبقى بعد مضي المدة ، وقد قررنا هذا فيما أمليناه من شرح الجامع . انظر : المبسوط (٢٢٤/٥) ، والبدائع (٣٧/٤) .

(٢) فصل يلزمه نفقة الوالد ، وإن علا ، والولد وإن سفل ، وإن اختلف دينهما . انظر : الأم (٩٥/٥ ، ١٠٩) ، مغني المحتاج (١٨٧/٥) .

٢٦٠٥١ – قلنا المراد بالآية أجرة الرضاع بدلالة أن الأم قد تكون زوجة وقد تكون غير زوجة وقوله إن أجرة الرضاع لا تكون طعامًا وكسوة ليس بصحيح ، لأن عند أبي حنيفة يجوز استئجار الظئر بطعامها وكسوتها .

٢٦٠٥٢ – فإن قيل : قوله : ﴿ وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ ﴾ المراد به في ترك المضارة بها .

٢٦٠٥٣ – قلنا : قال الله تعالى : ﴿ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ ثم قال : ﴿ وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ ﴾ فالظاهر أنه عطف الاسم على الاسم ولم يعطفه على الفعل الذي هو ترك المضارة .

٢٦٠٥٤ – ولأنه حق له ، بقوله ﴿ لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةٌۢ بِوَلَدِهَا ﴾ معناه لا يؤخذ منها فيدفع إلى ظئر ترضع بدلها للرضاع ، وقوله : ﴿ وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُۥ بِوَلَدِهِۦ ﴾ معناه أنه لا يلزم ما يقترح الوالد من العوض .

٢٦٠٥٥ – وقوله : ﴿ وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ ﴾ لو سلمنا أنه يرجع إلى نفس المضارة دلَّ على أن نفقة الرضاع عليه ؛ حتى يقال له : لا يضار بها بأن تبذل النفقة للظئر مع بدلها للرضاع .

٢٦٠٥٦ – فإن قيل إذا حملنا قوله : ﴿ وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ ﴾ على نفي المضارة حملناه على العموم في كل وارث ، وإذا حملتموه على النفقة خصصتموه بذي الرَّحم المحرم .

٢٦٠٥٧ – قلنا : إذا حملتموه على نفي المضارة لم يكن لتخصيصه بالوارث معنى ؛ لأنه يجب على كل مسلم ترك الإضرار بها .

٢٦٠٥٨ – ولأنه روى في قراءة ابن مسعود « وعلى الرحم المحرم مثل ذلك » فعلى هذا لم تختص الآية .

٢٦٠٥٩ – قالوا : روي عن ابن عباس أنه قال ﴿ وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ ﴾ في نفي المضارة [١] .

٢٦٠٦٠ – قلنا : روي عن ابن مسعود وزيد بن ثابت أنهما قالا في النفقة [٢] مثل ذلك . ويدل عليه ما روي أن امرأة خاصمت صبيانها إلى عمر بن الخطاب فقضى عليهم بنفقتها ، وعن زيد بن ثابت أنه قضى بنفقة صغير على أمه وعمه أثلاثًا ولا مخالف لهما [٣] .

---

(١) انظر : مصنف ابن أبي شيبة (١٦٧/٤) . (٢) انظر : أحكام القرآن للجصاص (٥٥٥/١) .

(٣) انظر : مصنف ابن أبي شيبة (١٨٤/٤) ، المحلى لابن حزم (٢٧٠/٩) .

٢٦٠٦١ – ولأنه ذو رحم محرم من النسب فجاز أن يستحق من جهته النفقة كالوالد والولد .

٢٦٠٦٢ – ولا يقال : المعنى فيه أن النفقة تجب مع اختلاف الدين فكذلك مع اتفاقه ؛ لأن النفقة صلة ، فلا يقال : لما لم تجب صلة الرحم مع وجود الكفر لم تجب مع الإسلام ، فأما الأب فتجب عليه صلة رحمه في الحالين والأخ بخلافه . ولأنهما شخصان ولا يرجع أحدهما فيما يهبه للآخر ، فجاز أن تجب نفقة أحدهما على الآخر ، كالوالد والولد .

٢٦٠٦٣ – ولأنه رحم كامل فجاز أن تجب النفقة لأجله كالولاد ، ولأنه معنى وضع لغناء الأقارب فجاز أن يثبت بين الأخ والأخت كالإرث ، ولأنها قرابة تمنع التفريق إذا جمعهما الملك ، كقرابة الولاء .

٢٦٠٦٤ – والدليل على الوصف ما روي أن عليًا عليه السلام فرق بين الأخوين ، فقال ﷺ : « اذهب فاسترد » [1] .

٢٦٠٦٥ – احتجوا بقوله ﷺ : « لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه » [2] .

٢٦٠٦٦ – قلنا : هذا يقتضي تحريم تناول ماله الذي لم يجز أخذه بالشرع إلا برضاه، ونحن لا نسلم أن هذا المال لم يجب بالشرع .

٢٦٠٦٧ – قالوا : روي عن النبي ﷺ أنه قال : « ليس في المال حق سوى / الزكاة » [3] . ٥ب

٢٦٠٦٨ – قلنا : في المال حق الله تعالى سوى الزكاة بقوله ﷺ : « في المال حق سوى الزكاة » [4] .

٢٦٠٦٩ – احتجوا : بما روى أبو هريرة أن رجلًا جاء إلى النبي ﷺ « فقال : إن معي دينارًا فقال : « أنفقه على نفسك » فقال : « إن معي آخر » فقال : « أنفقه على ولدك » فقال : معي آخر فقال : « أنفقه على أمك » فقال : « معي آخر » فقال : « أنفقه على خادمك » قال : « معي أخر » قال : « أنت أعلم به » [5] فهذا يدل على أنه لا يجب عليه نفقة أخيه وعمه وخاله .

---

(١) أخرجه الترمذي في سننه برقم (١٢٨٤) باب ما جاء في كراهية الفرق ، والسنن الكبرى للبيهقي (١٢٧/٩) .

(٢) أخرجه الإمام أحمد في مسنده (٧٢/٥) ، والدارقطني (٢٦/٣) برقم ٩١ .

(٣) أخرجه الدارقطني في سننه (١٠٧/٢) برقم ٤٣ .

(٤) انظر : مصنف ابن أبي شيبة (٣٨٤/٢) برقم ١٠١٩١ ، وشرح معاني الآثار (٢٧/٢) .

(٥) سبق تخريجه .

٢٦٠٧٠ - قلنا : بهذا الخبر احتج أصحابنا . ولأنه روي أنه قال : « وعلى أبيك وعلى أخيك وأختك ثم أدناك [1] فأدناك » ثم إذا لم ينقل هذا لم يدل على ما قالوا ؛ لأنه يجوز أن يكون ﷺ عرف أنه لا رحم له أو عرف أن أرحامه أغنياء فلم يأمره بالنفقة عليهن .

٢٦٠٧١ - قالوا : كل شخصين لا يجب نفقة أحدهما على الآخر مع اختلاف الدين لا يجب مع اتفاقه كابني العم .

٢٦٠٧٢ - قلنا الله تعالى أوجب النفقة فيما سوى الوالد والولد باسم الوارث ، بقوله : ﴿ وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ ﴾ واختلاف الدين يمنع الإرث دون نفقة الأب بالولادة ، واختلاف الدين لا يمنع ذلك . والمعنى في ابني العم أن رحمهما ليس بكامل ، بدلالة أنه يجوز تزويج بنت العم كما يجوز تزويج الأجنبية ، والأخت رحمها كامل ، بدلالة أنه لا يجوز تزوجها كما لا يجوز تزويج الأم والبنت ، ولهذا أوجب عليه رحم الأختين فمنع أن يجمع بينهما في النكاح ، وكذلك المرأة وعمتها وخالتها ولم يجب مثل ذلك في بني العم ، بل جاز الجمع بينهما ولم يحرم رحمهما ، وجعلناهما كالأجانب .

٢٦٠٧٣ - ولو ملك أختين لم يفرق بينهما . ولو ملك ابني عم فرق بينهما ، لأن إيجاب نفقة ابن العم يؤدي إلى التناقض ؛ لأن الفقير يتزوج بنت عمه الموسرة فتجب عليها نفقته بالقرابة ، ويجب عليه نفقتها بالنكاح ، فيطالب كل واحد منهما بنفقته وهذا محال .

٢٦٠٧٤ - ولأن ولد العمِّ لما تعلقت له على ولد عمه بغير الرحم نفقة وهو النكاح لم يجب له عليه نفقة بالرحم . ولما لم يجب للرحم المحرم على صاحبه نفقة بغير الرحم جاز أن يجب بالرحم كالوالدين والولد .

٢٦٠٧٥ - وقد ساقوا على هذا الأصل بأوصاف منها أنه يجري بينهما القصاص ، وتقبل شهادة كل واحد منهما للآخر ، ولا يحرم على أحدهما زوجة الآخر على التأبيد .

٢٦٠٧٦ - قلنا : القصاص يجري بين الزوجين مع وجوب النفقة ، ويجب على الابن للأب ، وعلى العبد بقتل المولى ، ويجب عليه نفقته . وأما الشهادة فلأن أحدهما ليس بعضًا للآخر ولا تسلط له في ماله ، والوالد والولد لم تقبل شهادة أحدهما للآخر ؛ لأنه بعض له بالقرابة ، فليس اعتبار هذا بأولى من اعتبار المنع من جمعهما تحت زوج ، وهذا أولى ؛ لأنه منع من جمعها ؛ حتى لا تنقطع أرحامهما بالعداوة ، وهذه علة

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٣٤٥/٨) .

منصوص عليها ، والنفقة صلة الرحم ، فأولى أن يعتبر أحدهما بالآخر . وتحريم الزوجة لم يجعل صلة للرحم فلم يجز اعتبار النفقة .

٢٦٠٧٧ – قالوا : لا يجب نفقته في كسبه فلم يجب في ماله كالأجنبي .

٢٦٠٧٨ – قلنا : الوصف غير مسلم ، ولا رواية في هذه المسألة عن أبي حنيفة . وقال محمد : إذا كان في كسب الآخر ما يفضل عن كفايته فرض في الفاضل منه نفقة أخيه .

٢٦٠٧٩ – ولأن النفقة صلة الرحم فلا يصح أن يقال : لما لم تجب صلة الأجنبي ، لا تجب صلة الأخ والعم . والمعنى في الأجنبي أن نفقته يجوز أن تجب بغير الرحم ، وهو النكاح [والرق فلم يجب بالرحم . وذو الرحم لا يجوز أن تجب نفقته بغير الرحم] [١] فلذلك وجبت به .

٢٦٠٨٠ – قالوا : يجوز لكل واحد منهما دفع زكاته إلى الآخر فلو وجبت النفقة لم يجز دفع الزكاة فيسقط بها ما وجب من النفقة ، كما لا يجوز الدفع في الولد .

٢٦٠٨١ – قلنا : يبطل إذا قضى القاضي بالنفقة فإن الدفع يجوز بإجماع وإن كانت النفقة واجبة . والمعنى في الأب والابن أن مال أحدهما أجري مجرى مال الآخر ، فإذا دفع الزكاة إليه فكأنه نقلها على ملكه . وهذا لا يوجد في الآخرين .

* * *

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط (م ، ن ، ع) ، من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

مسألة ١٢٨٧

الحضانة بعد افتراق الزوجين

٢٦٠٨٢ - قال أصحابنا : إذا افترق الأبوان فالأم أحق بالجارية حتى تبلغ ، وبالغلام حتى يأكل وحده ويشرب ويتوضأ ويلبس (١) .

٢٦٠٨٣ - وقال الشافعي : الأم أحق به حتى يبلغ سبع سنين ، ثم يخير فيكون عند من يختار من الأبوين ، فإن اختار الأم كان بالليل عندها وبالنهار عند الأب (٢) .

٢٦٠٨٤ - قالوا : وإذا كان الولد حرًا وأحد أبويه مملوك لم يخير ، والحر أولى . وإن كان أحدهما كافرًا لم يخير . والمسلم أولى . وقال الإصطخري يخير .

---

(١) قال : ولا خيار للولد عند الأحناف ، وبه قال مالك . وقال الشافعي : يخير ، وعند أحمد إذا بلغ سبع سنين يخير الغلام ، وتسلم الجارية إلى الأب من غير تخيير . لما روى أبو هريرة ﷺ : أن امرأة جاءت إلى رسول الله ﷺ فقالت : إن زوجي يريد أن يذهب بابنه ، وقد سقاني من بئر أبي عتبة ، وقد نفعني . فقال رسول الله ﷺ : « استهما عليه » فقال زوجها : أتحاقني في ولدي ؟ فقال عليه الصلاة والسلام : « هذا أبوك ، وهذه أمك فخذ بيد أيهما شئت فأخذ بيد أمه فانطلقت به » رواه الترمذي ، وصححه . وهذا نص على التخيير ، غير أن أحمد يقول : هو نص في الغلام ، ولا تقاس الجارية عليه ، لأنها تحتاج إلى الحفظ والتزويج دون الغلام . ولنا أنه صغير غير رشيد ولا عارف بمصلحته فلا يعتمد اختياره كسائر تصرفاته ، ولأنه لقصور عقله يختار من عنده الراحة والتخلية ، ولا يتحقق النظر فيه . وقد صح أن الصحابة لم يخيروا ، ولا حجة لهم في الحديث لأنه لم يذكر فيه الفراق فالظاهر أنها كانت في صحبته . ألا ترى إلى قولها إن زوجي يريد ، ولولا أنها في صحبته لما قالت ذلك . ويحتمل أنه كان بالغًا ، بل هو الظاهر ؛ لأنها قالت ، وقد سقاني من بئر أبي عتبة ، والذي يسقي من البئر هو البالغ ظاهرًا أو هو حكاية حال فلا يمكن الاحتجاج به ، وليس فيه دليل على أنه يخير في السبع ، لأنه ليس في الحديث ذكر عمره أو لأنه وفق ببركة دعائه عليه الصلاة والسلام لاختيار الأنظر ، فلا يقاس عليه غيره . انظر : تبيين الحقائق (٤٧/٣) ، البدائع (٤٣/٤ ، ٤٤) .

(٢) المميز إن افترق أبواه كان عند من اختار منهما ، فإن كان في أحدهما جنون أو كفر أو رق أو فسق أو نكحت فالحق للآخر ، ويخير بين أم وجد ، وكذا أخ أو عم أو أب مع أخت أو خالة في الأصح ، فإن اختار أحدهما ثم الآخر حول إليه ، فإن اختار الأب ذكر لم يمنعه زيارة أمه ويمنع الأنثى ، ولا يمنعها دخولًا عليهما زائرة ، والزيارة مرة في أيام ، فإن مرضا فالأم أولى بتمريضهما فإن رضي بها في بيته ، وإلا ففي بيتها ، وإن اختارها ذكر فعندها ليلًا ، وعند الأب نهارًا ، ويؤدبه ويسلمه لمكتب أو حرفة ، أو أنثى فعندها ليلًا ونهارًا ، ويزورها الأب على العادة ، وإن اختارهما أقرع فإن لم يختر فالأم أولى ، وقيل يقرع . انظر : مغني المحتاج (٢٠١/٥) ، الأم (١٠٠/٥) ، تحفة المحتاج (٣٦١/٨) .

٢٦٠٨٥ - لنا : ما روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمر أن امرأة جاءت إلى النبي ﷺ فقالت : إن ولدي كان بطني له وعاء وثديي له سقاء وحجري له وطاء وإن أباه يزعم أنه ينتزعه مني فقال ﷺ : « أنت أحق به ما لم تنكحي »[١] .

٢٦٠٨٦ - فإن قيل : فيه إضمار عندكم أنت أحق به ما لم يكتفِ بنفسه . وعندنا ما لم يبلغ سبع سنين ، فيخير .

٢٦٠٨٧ - قلنا : أجمعنا على أنه بلغ حد التخيير فسقط استحقاقها ، وقلتم : يسقط حقها إذا بلغ إلى ذلك وأجاز الأب فما اتفق على إضماره يلحق بالخبر والزيادة مختلف فيها فلا يثبتها بغير اتفاق ولأن قول الصبي لا يتعلق به حكم في مصالحه . أصله البيع والشراء .

٢٦٠٨٨ - ولا يلزم الإيمان ؛ لأنه يتعلق بالاعتقاد لا بالقول .

٢٦٠٨٩ - ولا يلزم الإذن للغير وحمل الهدية ؛ لأن ذلك في غير مصالحه . ولأن الأم ثبت لها الحضانة ، كما ثبت لطالب التصرف في المال . فإذا كان ما ثبت للأب لا يسقط بقول الصبي فكذا لا يثبت للأم .

٢٦٠٩٠ - ولأن الصبي يختار من أبويه من يهمله ويترك تأديبه . وفي ذلك إلحاق وضرر به . ولا يراد إذا لم يكتف بنفسه ، ففي كونه عند الأب ضرر به ؛ لأن النساء أقوم للتربية من الرجال . فإذا اختار الأب في هذه الحالة فاختيار يضر به فلا يقبل قوله فيه . وإن اختارت الجارية بعد بلوغها الأم ففي ذلك ضرر عليها ، لأن الأب أغير عليها ، وأحفظ لها ، فلم يقبل قولها فيما يضر بها .

٢٦٠٩١ - احتجوا : بحديث أبي هريرة قال : « سمعت امرأة جاءت إلى النبي ﷺ وأنا قاعد عنده ، فقالت : يا رسول الله ، إن زوجي يريد أن يذهب بابني قد سقاني من بئر ابني عنبة وقد نفعني فقال ﷺ : « استهما عليه » فقال الرجل من يحاقني في ولدي ؟ فقال ﷺ : « هذا أبوك وهذه أمك ، فخذ بيد أيهما شئت ، فأخذ بيد أمه فانطلقت به »[٢] .

٢٦٠٩٢ - قلنا : هذه قصة عين يحتمل أن تكون غالبًا وهو الظاهر ؛ لأنها قالت : نفعني وسقاني من بئر ابني عنبة .

٢٦٠٩٣ - قالوا : وهذه البئر لا يمكن أن يستقى منها إلا البالغ ، وتسميته غلامًا لا ينفي البلوغ ؛ لأن المختار قال : أنا الغلام الثقفي ، وكان كهلًا . فإن قيل : لو كان بالغًا

(١) أخرجه الإمام أحمد في مسنده (١٨٢/٢) برقم (٦٧٠٧) ، والدارقطني في سننه (٣٠٥/٣) برقم (٢٢٠) .
(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٢٨٣/٢) برقم (٢٢٧٧) باب من أحق بالولد ، والبيهقي في السنن الكبرى (٣/٨) .

يخير بين أمه وبين أن ينفرد بنفسه .

٢٦٠٩٤ - قلنا : إذا بلغ وهو لا يؤمن على نفسه فليس له أن ينفرد عن أحدهما . ويدل على بلوغه أن التخيير إما إن يكون حقًّا له أو يثبت حقًا عليه ، والصبي لا يثبت له حق بقوله ، ولا يثبت بقوله حقًّا عليه .

٢٦٠٩٥ - قالوا : روى مالك عن عمر وعليٍّ وأبي هريرة التخيير [١] .

٢٦٠٩٦ - قلنا : ذكر الخصاف بإسناده عن عكرمة عن أبي بكر قال : الولد عند أمه ما لم تتزوج ، أو يدرك فيختار [٢] . وعن عطاء قال عمر : الأم أحق بالولد ما كان صغيرًا أو يدرك فيختار [٣] . قال : من أمر بفعل الطهارة والصلاة خير بين أبويه كالبالغ .

٢٦٠٩٧ - قلنا : المعنى في البالغ أن قوله يتعلق به حكم في مصالح ملكه فجاز أن يتعلق به حكم في مصالح نفسه ، وغير البالغ بخلافه .

٢٦٠٩٨ - قالوا : بلغ حدا ، وتميز بفروضه ونفعه فلا يكون أمه أحق به كالغلام ، أو فلا تكون أحق به كالجارية / . /أ

٢٦٠٩٩ - قلنا الغلام إذا اكتفى بنفسه استضر بالكون عند أمه ؛ لأنه بالغ خلاف البنت . والجارية لا تستضر بذلك فلهذا أسقط الحق في الغلام ولم يسقط في الجارية .

* * *

---

(١) انظر : المحلى (١٥٣/١٠) ، المدونة (٢٦٣/٢) ، الأم (١٠٠/٥) ، والسنن الكبرى للبيهقي (٣/٨ ، ٤) .

(٢) أخرجه بطريق آخر عن عبد الرزاق في مصنفه (١٥٣/٧) برقم (١٢٥٩٨) ، وقد ذكرها بهذا الاسناد الحافظ بن حجر في الدراية (٨١/٢) .

(٣) أخرج ابن حزم نحوه ، انظر : المحلى (٣٢٨/١٠) .

مسألة ١٢٨٨

النفقة لا تصير دينًا في الذمة

٢٦١٠٠ – قال أصحابنا : النفقة لا تصير دينًا في الذمة إلا أن يقضي بها قاضٍ أو يقدرها الزوج ويلزمها نفسه (١) .

٢٦١٠١ – وقال الشافعي : تصير دينًا بمضي المدة (٢) .

٢٦١٠٢ – لنا : أنها نفقة تجب حالًا فحالًا ، فلا تصير دينًا بمضي المدة . أصله نفقة الأقارب ، ولأن النفقة تستحق بالزوجية والنسب ، فإذا لم تجب النفقة بالنسب ابتداء دينًا في الذمة لم تجب بالزوجية .

٢٦١٠٣ – فإن قيل : نفقة الأقارب تجب لإحياء النفس ، فإذا مضت المدة فقد حصل المقصود فلا يجب عليه لإحياء النفس ، فلا يجب الإحياء في الماضي . ونفقة الزوجة تجب على وجه المعاوضة .

٢٦١٠٤ – قلنا : نفقة الزوجة تجب ؛ لأنها محبوسة لحقه عن التصرف فوجب عليه أن يكفيها ، فإذا مضت المدة فقد اكتفت . وقولهم : إن نفقة الزوجة على وجه العوض غير مسلم .

٢٦١٠٥ – فإن قيل : نفقة النسب لا تصير دينًا ، وإن ألزمها وحكم بها الحاكم ، ونفقة الزوجة بخلاف ذلك .

٢٦١٠٦ – قلنا : لأنها تجب في مقابلة معنى يلزمها له وهو الحبس ، فلذلك صارت دينًا بالقضاء . ونفقة الأقارب لا تجب في مقابة معنى يلزم المستحق لمن وجب عليه ولأنها نفقة تجب عليه لحق الملك فلا يجب ابتداء في المدة ، كنفقة عبده وأم ولده .

---

(١) لو خاصمته امرأته في نفقة ما مضى من الزمان قبل أن يفرض القاضي عليه لها النفقة لم يكن لها شيء من ذلك عندنا . وعلى قول الشافعي – رحمه الله تعالى – يقضي لها بما لم تستوف من النفقة الماضية . وأصل المسألة أن النفقة لا تصير دينا إلا بقضاء القاضي ، أو التراضي عندنا . وعند الشافعي تصير دينًا ؛ لأن وجوبها بالعقد فلا تحتاج إلى القضاء ، أو إلى الرضاء في صيرورتها دينا بعد العقد كالمهر . انظر : المبسوط (١٨٥/٥) ، البدائع (٢٦/٤) .

(٢) ولا تسقط نفقة العدة بمضي الزمان من غير إنفاق فتصير دينا عليه حاصله أنه إذا حكم بموجب البينونة أثر في المستقبل ، كما هو شأن الحكم بالموجب ، وإلا فلا . انظر : تحفة المحتاج (٣٥٠/٨) .

٢٦١٠٧ - ولأن النفقة والسكنى كل واحد منهما يجب على الزوج للمرأة حالًا فحالًا ثم كانت السكنى لا تصير دينًا بمضي المدة ، كذلك النفقة .

٢٦١٠٨ - فإن قالوا : في السكنى وجهان .

٢٦١٠٩ - قلنا : لسنا نقيس على أجرة السكنى ، وإنما نقيس على السكنى نفسها .

٢٦١١٠ - فإن قيل : المقصود من السكنى تحصنها ، ولا يمكن التحصين فيما مضى .

٢٦١١١ - قلنا : يمكن القضاء بأجرة السكنى لما مضي ، كما يمكن القضاء بالنفقة .

٢٦١١٢ - وهذه المسألة مبنية على أن النفقة لا تجب للزوج على وجه العوض عن شيء [بدلالة أنه لا يصح أن تكون عوضًا عن البضع أو عن الاستمتاع ، ولا يجوز أن تكون بدلًا] (١) عن البضع ؛ لأن المهر وجب بدلًا عنه فلا يجب بحكم عقد واحد عن مبدل واحد بدلان .

٢٦١١٣ - ولأنها لو وجبت على طريق العوض عن البضع أثر فيها الطلاق قبل الدخول كالمهر . ولا يجوز أن تكون عوضًا عن الاستمتاع ؛ لأنه تصرف فيما ملكه بالعقد فلا يجب بدل عوض غير ما وجب بالعقد فلا يجب كاستيفاء المنافع في الأجرة ، وإذا ثبت أنها تجب لا على وجه العوض كانت صلة فلا يستقر وجوبها لا بمعنى ينضم إلى سبب الوجوب ، كالهبات .

٢٦١١٤ - احتجوا بقوله تعالى : ﴿ لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ ﴾ وبقوله : ﴿ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ .

٢٦١١٥ - قلنا الآية الثانية إذا قلنا إن المراد بها أجرة الرضاع فإن الأولى تدل على الوجوب في النفقة ، وعندنا أنها تجب والخلاف في سقوطها بمضي المدة .

٢٦١١٦ - فإن قالوا : إذا ثبت الوجوب يدل أنه لم يسقط إلا بدليل .

٢٦١١٧ - قلنا : إن كان هذا الاحتجاج بالظاهر فهو استصحاب الحال . وإن كان بقياس تكلمنا عليه فيما بعد . ولأن الظاهر لا يقتضي أكثر من نفقة واحدة . فإذا أنفق مرة واحدة ثم ترك النفقة لم يجب إيجابها بالظاهر .

٢٦١١٨ - قالوا : كلما صار دينًا إذا حكم الحاكم صار دينًا وإن لم يحكم به ، كالمهر .

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقطًا من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

٢٦١١٩ - قلنا : النفقة لا تصير دينًا بالحكم ، وإنما يمنع الحكم من سقوطها ، ولأنا نقول بموجب الصلة ؛ لأن النفقة تصير دينًا بغير حكم إذا التزمها الزوج وقدرها على نفسه . والمعنى في المهر أنه لما وجب في النكاح عوضًا يستقر فيه أثر الطلاق ، فلو كانت النفقة كذلك أثر فيها الطلاق .

٢٦١٢٠ - قالوا : كل ما لا يسقط بمضي الزمان إذا تراضيا عليه لم يسقط وإن لم يتراضيا ، كالديون [1] .

٢٦١٢١ - قلنا : المعنى في الديون أنها لو ثبتت لذوي الأرحام سقط بمضي الزمان ، وكذلك إذا وجب للزوجة .

٢٦١٢٢ - قالوا : النفقة تجب في مقابله الاستمتاع بدلالة أنها تسقط بتعذره .

٢٦١٢٣ - قلنا : لا نسلم ذلك بدلالة أنها تجب لزوجة الطفل ، وهو ممن لا يستمتع فدل على أنها عوضه ، بل هو شرط فيها ، كما أن النفقة في ذوي الأرحام تجب [عند الفقر ، وليست عوضًا عن الاستمتاع كانت صلة لم تحبس غالبًا

٢٦١٢٤ - قلنا : تجب] [2] على وجه الصلة ، ويحبس من امتنع عنها .

* * *

---

(١) قاعدة : « كل ما لا يسقط بمضي الزمان إذا تراضيا عليه لم يسقط وإن لم يتراضيا كالديون » .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقطة من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

مسألة ١٢٨٩

وجوب النفقة بالقضاء

٢٦١٢٥ - قال أصحابنا [(١)] : إذا وجبت نفقة الزوجة بالقضاء فمات أحد الزوجين سقطت [(٢)] .

٢٦١٢٦ - وقال الشافعي : تؤخذ من تركة الزوج [(٣)] .

٢٦١٢٧ - لنا : أنها صلة ، فإذا لم تقبض حتى مات الواصل بطلت ، كنفقة ذوي الأرحام . أو نقول : إذا مات من جعلت له قبل تمامها بطلت ، كنفقة ذوي الأرحام ، وكموت الموصى له .

٢٦١٢٨ - ولأن وجوبها لو بقي بعد الموت جاز أن يجب بعد الموت إذا وجد سبب وجوبها كسائر الديون ، فلما كانت الحامل المبتوتة إذا مات زوجها سقطت نفقتها لبقية العدة دل أن الموت ينافي وجوبها . ولأنها وجبت لا على وجه العوض عن شيء ، فسقطت بالموت ، كالجزية والزكاة على أصلنا .

٢٦١٢٩ - احتجوا بأنه دين ثابت تجوز الكفالة به والحبس لأجله كسائر الديون .

٢٦١٣٠ - قلنا : المعنى فيها أنه يجوز وجوبها بعد الموت بتقدم أسبابها في حال الحياة ، والنفقة بخلاف ذلك .

* * *

---

(١) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) ، (ص) أثبتناها لضرورة السياق .

(٢) لا تخرج من بيتها ليلًا ولا نهارًا لقوله تعالى : ﴿ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٍ ﴾ قال إبراهيم : خروجها من بيتها فاحشة . ولأنها مكفية المؤنة ؛ فلا حاجة لها إلى الخروج ليلًا ولا نهارًا ، بخلاف المتوفى عنها زوجها ؛ فإنه لا نفقة لها في تركة الزوج . انظر : البدائع (٣٠/٤) ، المبسوط (١٩٦/٥) .

(٣) انظر : أسنى المطالب ٤٣٣ ، تحفة المحتاج (٢٦١/٨) .

مسألة ١٣٩٠

سلف الزوجة من الزوج النفقة

٢٦١٣١ – قال أبو يوسف : إذا أسلف الزوج زوجته النفقة ، ثم ماتت أو مات لم يرجع عليها بشيء (١) .

٢٦١٣٢ – وقال محمد : إذا مات يرجع بحصة ما بقي ، وهذا مبني على أنها صلة اتصلت بالقبض فلا يرجع فيها بعد الموت كالهبة . ولأنه لو وهب لها وأقبضها فماتت أنه لا يرجع فيها ، وهذا تبرع . أصله أنه غير مستحق ، فإذا دفع النفقة ، فهي صلة مستحقة فلأن يرجع فيها أولى . لمحمد أن المرأة تتعجل النفقة عما يجب لها ، فإذا بطل سبب الوجوب رجع عليها كمن أسلفها النفقة ثم نشزت .

٢٦١٣٣ – قلنا : الأجرة لو بطلت الإجارة بموت المؤجر رجع ورثته بالأجرة ، كذلك إذا بطلت بموت المستأجر .

٢٦١٣٤ – وفي مسألتنا لو انتقض النكاح بموت الزوج لم يرجع ورثته بشيء ، كذلك إذا انتقضت بموتها . فأما إذا استسلفت ثم نشزت ، فمن أصحابنا من لا يسلم ذلك ، ويقول : لا يرجع عليها ، كما لا يرجع بعد موتها .

٢٦١٣٥ – ولا رواية فيه

٢٦١٣٦ – والشافعي : حدثنا على أصله أنه يجب على وجه العوض ، كالأثمان . وهذا أصل نخالفه فيه ، وإنما تتعجل صلة عما يجب في الصلة في المستقبل فلا يثبت الرجوع ، وإن لم يجب ، كما لو عجل رب المال الزكاة ثم لم تجب عليه في المستقبل (٢) .

---

(١) لا تُرَدُّ النفقة المعجلة بموت أحدهما ، بأن أسلفها نفقة سنة مثلًا ثم مات أحدهما لا يسترد ذلك ، وقال محمد ﵀ : يحتسب لها بنفقة ما مضي ، وما بقي يسترد منها ، وبه قال الشافعي . وعلى هذا الخلاف الكسوة : هما يقولان إنها أخذت عوضًا عما تستحقه عليه بالاحتباس ، فتبين أن لا استحقاق لها عليه فترده . كما إذا ادعى على شخص دينًا فقضاه ثم تصادقا أن لا دين عليه ، فإنه يرد المقبوض ، وكما إذا أسلفها نفقة سنة ثم ماتت قبل أن يتزوجها ، وكرزق القاضي والمقاتلة إذا أسلف ثم مات قبل المدة . ولنا أنها صلة اتصل بها القبض ، ولا رجوع في الصلات بعد الموت بخلاف مسألة التصادق فإن المقبوض هناك مضمون على القابض ألا ترى أنه يرجع عليه . انظر : تبيين الحقائق (٥٧/٣) ، البدائع (٣٠/٤) ، المبسوط (١٩٦/٥) .

(٢) انظر : أسنى المطالب ٤٣٣ ، تحفة المحتاج (٣٢٢/٨) .

نفقة الأنثى إذا بلغت وليس لها عائل

٢٦١٣٧ - قال أصحابنا : إذا بلغت الأنثى وليس لها مال ، ولا زوج ولا كسب فنفقتها على أبيها [١] .

٢٦١٣٨ - وقال الشافعي : إذا بلغت صحيحة فلا نفقة لها [٢] .

٢٦١٣٩ - لنا : أن البلوغ مع الفقر والعجز عن التكسب في الغالب لا يسقط النفقة . أصله : الابن الأعمى ، والزمن .

٢٦١٤٠ - ولا يلزم إذا كان لها زوج ، لأن المسقط للنفقة ليس هو البلوغ ، وإنما هو وجوب نفقتها على غيره ، بدلالة أن المراهقة المزوجة لا يجب على الأب نفقتها .

٢٦١٤١ - احتجوا بأن البلوغ مع الصحة معنى يسقط نفقة الابن ، فوجب أن يسقط نفقة البنت . أصله : اليسار . ولأن البلوغ مع الصحة يسقط النفقة . أصله الابن .

٢٦١٤٢ - قلنا : الغالب من حاله القدرة على التكسب ، والبنت الغالب من حالها العجز عن التكسب .

٢٦١٤٣ - فإن قيل : قد تكسب بالعمل ، قلنا : إذا كان لها كسب سقطت نفقتها ، وذلك نادر ، فلا يعتبر به كالابن الزمن .

* * *

(١) تجب نفقة الابنة البالغة والابن الزمن على أبويه أثلاثًا على الأب الثلثان وعلى الأم الثلث ؛ لأن الميراث لهما على هذا المقدار . قال العبد الضعيف : هذا الذي ذكره رواية الخصاف والحسن ، وفي ظاهر الرواية كل النفقة على الأب . لقوله تعالى : ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ ﴾ انظر : فتح القدير (٤٢٢/٤) ، المبسوط (٢٢٤/٥) .

(٢) قال الشافعي : وينفق على ولده حتى يبلغوا المحيض والحلم ثم لا نفقة لهم عليه إلا أن يتطوع ، إلا أن يكونوا زمنى فينفق عليهم قياسًا على النفقة عليهم إذا كانوا لا يغنون أنفسهم في الصغر ، وسواء في ذلك الذكر والأنثى . وإنما ينفق عليهم ما لم تكن لهم أموال ، فإذا كانت لهم أموال فنفقتهم في أموالهم ، قال : وسواء في ذلك ولده وولد ولده وإن سفلوا ، ما لم يكن لهم أب دونه يقدر على أن ينفق عليهم ، قال : وإذا زمن الأب والأم ولم يكن لهما مال ينفقان منه على أنفسهما أنفق عليهما الولد لأنهما قد جمعا الحاجة . انظر : الأم (٩٥/٥) .

نفقة الصغيرة

٢٦١٤٤ - قال أصحابنا : إذا كان لصغير أم وجد فالنفقة عليهما أثلاثًا . وإن كان للرجل بنت وابن ابن فعلى البنت النفقة ، وإن كان له ابن وبنت فالنفقة عليهما نصفان [١] .

٢٦١٤٥ - وقال الشافعي : النفقة على الجد وعلى الابن ، دون البنت ، وعلى ابن الابن دون البنت [٢] .

٢٦١٤٦ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ ﴾ فأوجب النفقة فيمن سوى الأب على الوارث فوجب أن يعتبر مقدار الأب ، ولأنهما اختلفا في الدرجة فلم ينفرد البعيد بالإنفاق ، دون القريب الموسر . أصله الأب والجد .

٢٦١٤٧ - [ولأنها تدلى إليه بنفسها ، والجد بواسطة ، فلم يقدم عليها كالجد والأب] [٣] .

٢٦١٤٨ - ولأن البنت من صلب الأب وابن الابن [أبعد في الدرجة فكانت النفقة على ولد الصلب كالابن وابن الابن] [٤] والابن والبنت / تساويا في البنوة والتعصيب فصار كالابنين .

٢٦١٤٩ - احتجوا بأن الجد له تعصيب وولاء فلم تشاركه الأم في النفقة كالأب

٢٦١٥٠ - قلنا : الأب لا يشاركه في نفقة ولده غيره فلم تدخل الأم معه ، والجد يجوز أن يقدم غيره عليه في الإنفاق ، فجاز أن يشاركه من هو أقرب منه .

---

(١) إذا مات الأب وللولد الصغير أم وجد أب الأب فنفقته عليهما على قدر ميراثهما أثلاثا بخلاف الأب في ظاهر الرواية ، فإنه لا يشاركه في النفقة أحد لحقيقة الجزئية بينه وبين الولد ، وذلك لا يوجد في حق الجد ؛ فإن اتصال النافلة بواسطة الأب كاتصال الأخ ، فكما أن في الأخ والأم النفقة عليهما بحسب الميراث إذا كانا موسرين ، فكذلك في الجد والأم النفقة عليهما بحسب الميراث . انظر : المبسوط (٢٢٧/٥) ، البدائع (٣٣/٤) .

(٢) قال الشافعي : وإذا اجتمع القرابة من النساء فتنازعن الولد فالأم أولى ثم أمها ثم أم أمها ثم أمهات أمها وإن بعدن ثم الجدة أم الأب ثم أمها ثم أمهاتها ثم الجدة أم الجد أبي الأب ثم أمها ثم أمهاتها ثم الأخت للأب والأم ثم الأخت للأب ثم الأخت للأم ثم الخالة ثم العمة . قال : ولا ولاية لأم أبي الأم ؛ لأن قرابتها بأب لا بأم فقرابة الصبي من النساء أولى . قال : ولا حق لأحد مع الأب غير الأم وأمهاتها ، فأما أخواته وغيرهن فإنما يكون حقهن بالأب فلا يكون لهن حق معه ، وهن يدلين به والجد أبو الأب يقوم مقام الأب إذا لم يكن أب أو كان غائبًا أو غير رشيد . قال : وكذلك أبو أب الأب . قال : وكذلك العم وابن العم وابن عم الأب والعصبة يقومون مقام الأب إذا لم يكن أحد أقرب منهم مع الأم وغيرها من أمهاتها . انظر : الأم (١٠١/٥) .

(٣ ، ٤) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

مسألة ١٢٩٣

الحضانة بين أخت الأم وأخت الأب

٢٦١٥١ – قال أصحابنا : الأخت من الأم أولى بالحضانة من الأخت من الأب [١] .

٢٦١٥٢ – وقال الشافعي : الأخت من الأب أولى [٢] .

٢٦١٥٣ – لنا : أنهما تساويا في رتبة القرابة فالتى تدلى بالأم أولى ممن تدلى بالأب ، كالخالة والعمة .

٢٦١٥٤ – ولأن الحضانة أصلها الأب فكما أن ولاية المال يستحقها من يدلي بالأب فولاية الحضانة يقدم فيها من تدلي بالأم .

٢٦١٥٥ – ولأن الأخت من الأم تدلى بمن لها حضانة ، والأخرى تدلي بمن لا حضانة لها ، فصارت كأم الأم وأم الأب .

٢٦١٥٦ – احتجوا بأنهما شخصان استويا في عدم الولاء ، فوجب أن يكون أولاهما بالحضانة أقواهم في الإرث ، لا سيما على أصلنا تقدم على ولد الأب والأم في الشركة ، وترث معهم في بقية المسائل .

* * *

(١) هذه الولاية مستفادة من قبل الأم فكل من يدلي بقرابة الأم كان أولى ؛ لأنها تكون أشفق ثم الأخوات فأم الأب أولى من الأخت ؛ لأن لها ولادة فكانت أدخل في الولاية ، وكذا هي أشفق ، وأولى الأخوات الأخت لأب وأم ثم الأخت لأم ثم الأخت لأب ؛ لأن الأخت لأب وأم تدلي بقرابتين فترجح على الأخت لأم بقرابة الأب وترجح الأخت لأم ؛ لأنها تدلي بقرابة الأم فكانت أولى من الأخت لأب ، واختلفت الرواية عن أبي حنيفة في الأخت لأب مع الخالة أيتهما أولى ، روي عنه في كتاب النكاح أن الخالة أولى وهو قول محمد وزفر . انظر : البدائع (٤٢/٤) ، المبسوط (٢١١/٥ ، ٢١٢) .

(٢) لأن الولادة فيهن محققة وفي أمهات الأب مظنونة (فأخت) ؛ لأنها أقرب من الخالة (فخالة) لأنها تدلي بالأم بخلاف من يأتي (فبنت أخت فبنت أخ) كالأخت مع الأخ (فعمة) ؛ لأن جهة الأخوة مقدمة على جهة العمومة ، وتقدم أخت وخالة وعمة لأبوين على من كانت لأب ، لزيادة قرابتهن ، وتقدم أخت وخالة وعمة لأب عليهن لأم لقوة الجهة ، وفهم بالأولى أنهن إذا كن لأبوين يقدمن عليهن لأم . انظر : فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب (٥١٧/٤) ، الأم (١٠١/٥) .

مسألة ١٣٩٤

سقوط الحضانة بالزواج

٢٦١٥٧ - قال أصحابنا : إذا تزوجت المرأة سقطت حضانتها ، فإن طلقها الزوج طلقة بائنة عاد حقها ، وإن طلقها رجعية لم يعد حقها (١) .

٢٦١٥٨ - وقال الشافعي : يعود في الوجهين (٢) .

٢٦١٥٩ - لنا : أنه طلاق لا يزيل الملك فلا يعود مع الحضانة ، كالطلاق المعلق بالشرط . ولأن ملك الزوج بحاله ، بدلالة أنه يراجعها متى شاء ، فصار كالمظاهر والمولى .

٢٦١٦٠ - احتجوا : بأنها مطلقة كالمبتوتة .

٢٦١٦١ - قلنا : زال الملك ، وهو المعنى المسقط للحضانة فعادت ، والرجعي بخلافه .

٢٦١٦٢ - قالوا : من أصلنا أن الطلاق الرجعي يحرمها كالبائن .

٢٦١٦٣ - قلنا : البائن لم تعد الحضانة للتحريم ، لكن يزول الملك يبين ذلك أن التزويج يسقط الحضانة حتى لا يلحق الولد حقًّا من زوج أمه ، فإذا طلقها طلاقًا رجعيًّا فله أن يُرجعها متى شاء ، كالمظاهر والمولي .

* * *

---

(١) والحاضنة (يسقط حقها بنكاح غير محرمه) أي الصغير ، وكذا بسكناها عند المبغضين له ، كما في القنية : ولو تزوجت الأم بآخر فأمسكته أم الأم في بيت الزوج فللأب أخذه . انظر : المبسوط (٢١١/٥) ، ورد المحتار (٥٦٦/٣) ، البدائع (٤٣/٤) .

(٢) إذا نكحت المرأة فلا حق لها في كينونة ولدها عندها صغيرًا كان أو كبيرًا ، ولو اختارها ما كانت ناكحًا . فإذا طلقت طلاقًا يملك فيه الزوج الرجعة أو لا يملكها رجعت على حقها فيه ، فإذا راجعها أو نكحته أو غيره دخل بها أو لم يدخل بها أو غاب عن بلدها أو حضر فلا حق لها فيهم حتى تطلق وكلما طلقت عادت على حقها فيهم لأنها تمنعه بوجه فإذا ذهب فهي كما كانت قبل أن تكون ، وأن في ذلك حقًّا للولد . انظر : الأم (١٠٠/٥) .

سفر المرأة بإذن زوجها في التجارة

٢٦١٦٤ - قال أصحابنا : إذا سافرت بإذن زوجها في تجارة لها فلا نفقة لها [١] .

٢٦١٦٥ - وقال الشافعي : لها النفقة [٢] .

٢٦١٦٦ - لنا : أنها مانعة لنفسها بسفر ليس بواجب ، فصار كما لو خرجت بغير إذنه .

٢٦١٦٧ - احتجوا : بأنها سافرت بإذنه كما لو أنفذها في حاجة .

٢٦١٦٨ - قلنا : هناك لم تمنع نفسها بسفر ؛ لأنها تتصرف له . وهاهنا هي مانعة ؛ لأنها متصرفة لنفسها في أمر لم يجب عليها .

٢٦١٦٩ - قالوا : معنى لم تعص به فصار كما لو خرجت إلى منزل والدها بإذنه .

٢٦١٧٠ - قلنا : لو غصبها أحد فلا نفقة لها ، وإن لم تكن عاصية لهذا المعنى ، وأما إذا خرجت إلى منزل والديها بأمره ، وأقامت فيه سقطت النفقة ، وإن لم تقم فذلك ليس يمنع فهو كخروجها إلى العيد .

* * *

(١) جاء في المبسوط : « قال : وإذا تغيبت المرأة عن زوجها ، أو أبت أن تتحول معه إلى منزله ، أو إلى حيث يريد من البلدان وقد أوفاها مهرها فلا نفقة لها . انظر : المبسوط (١٨٧/٥) .

(٢) (و) من سافرت (بإذنه لغرضه) كأن أرسلها في حاجته (يقضي لها) ما فاتها للإذن ، وغرضه فهي كمن عنده وفي قبضته وهو المانع نفسه عنها بإرسالها (و) بإذنه (لغرضها) كحج وعمرة وتجارة (لا) يقضي لها (في الجديد) لأنها ليست في قبضته ، وفائدة الإذن رفع الإثم ، والقديم يقضي لوجود الإذن . ولو سافرت لحاجة ثالث . قال الزركشي : فيظهر أنه كحاجة نفسها اهـ . وهو كما قال غيره ظاهر ، إذا لم يكن خروجها بسؤال الزوج لها فيه وإلا فيلحق بخروجها لحاجته بإذنه ، ولو سافرت وحدها بإذنه لحاجتهما معًا لم يسقط حقها ، كما قاله الزركشي وغيره بالنسبة للنفقة ، ومثلها القسم خلافًا لما بحثه ابن العماد من السقوط وامتناعها من السفر مع الزوج نشوز . قال الماوردي : إلا أن تكون معذورة بمرض أو نحوه . انظر : تحفة المحتاج (٤٥١/٧ ، ٤٥٢) ، مغني المحتاج (٤٢٣/٤) .

طلب المبتوتة أجرة الرضاع

٢٦١٧١ - قال أصحابنا : إذا طلبت المبتوتة أجرة الرضاع مقدار أجر مثلها فوجد الأب من يرضعها بأقل من ذلك أو من يتبرع بالرضاع فله أن يمنع الأجرة ، ويكلف المرضعة أن ترضعه في بيت أمه (١) .

٢٦١٧٢ - وقال الشافعي : يجبر على أن يعطيها الأجرة (٢) .

٢٦١٧٣ - لنا قوله تعالى : ﴿ لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةُۢ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوۡلُودٞ لَّهُۥ بِوَلَدِهِۦۚ ﴾ ومتى كلفناه الأجرة وهو غني عنها فقد أضررنا به ، ولا نلتمس زيادة على ما يجب الأب للمرضعة فصار كما لو طلبت أكثر من أجرة مثلها .

٢٦١٧٤ - ولأن اللبن قوت الصبي فإذا وجد من يتبرع به لم يلزم الأب أن يعطي عنه عوضًا . أصله طعامه بعد الفصال .

٢٦١٧٥ - ولا يقال إن الطعام لا يتفاوت وإن لبن الأم أنفع له ؛ لأن هذا يبطل إذا التمست أكثر من أجرة مثلها .

٢٦١٧٦ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ فَإِنۡ أَرۡضَعۡنَ لَكُمۡ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾ .

٢٦١٧٧ - قلنا : الرضاع لا يكون له إلا إذا رضي به ، فأما إذا كان بغير اختياره فلم يقع له قالوا : قال : الله تعالى : ﴿ وَإِن تَعَاسَرۡتُمۡ فَسَتُرۡضِعُ لَهُۥٓ أُخۡرَىٰ ﴾ .

٢٦١٧٨ - قالوا : ومتى التمست أجرة المثل فلم تعاسره .

٢٦١٧٩ - قلنا : هذا يدل على أنها إذا تعاسرت جاز أن يسترضع وإذا لم تتعاسر موقوف على الدليل . ولأن التعاسر لم يمنع كل واحد منهما من عوض الأجرة ، سواء طلبت أجرة المثل أو أقل منه .

٢٦١٨٠ - قالوا : حقها من الحضانة لم يسقط ، فصار كما لو طلبت الأجنبية

---

(١) انظر : المبسوط (٢٠٩/٥) ، البدائع (٤٢/٤) ، رد المحتار (٦٢٠/٣ ، ٦٢١) .

(٢) (قال الشافعي) رحمه الله تعالى : وإذا أسلمت الذمية تحت الذمي حاملاً كانت لها النفقة حتى تضع حملها فإن أرضعته فلها أجر الرضاع وهي كالمبتوتة المسلمة الحامل أو أولى بالنفقة منها . انظر : الأم (٢٨٥/١) ، نهاية المحتاج (٢٢٣/٧) .

الأجرة فرضيت الأم .

٢٦١٨١ – قلنا : هناك لاحظ للأب في الأجنبية ، ولبن الأم أصلح للصبي وهي عليه أشفق فلم يجز إسقاط حق الصبي من غير منفعة الأب .

* * *

مسألة ١٢٩٧

امتناع المولى عن نفقة عبده

٢٦١٨٢ - ذكر الطحاوي عن محمد أن المولى إذا امتنع من نفقة عبده أجبر عليها ، وإن امتنع من النفقة على دابته لم يجبر عليها ، ولكنه يفتي بذلك .

٢٦١٨٣ - وعن أبي يوسف : أنه يجبر فيهما (١) .

٢٦١٨٤ - وبه قال الشافعي . ومن أصحابه من قال لا يجبر فيهما (٢) .

(١) وأما شرط وجوبها فهو أن يكون الرقيق مملوك المنافع والمكاسب للمولى ، فإن لم يكن فلا تجب عليه نفقته . ويجب على الإنسان نفقة عبده القن والمدبر وأم الولد ؛ لأن أكسابهم ملك المولى . انظر : البدائع (٤١/٤) ، العناية (٤٢٧/٤ ، ٤٢٨) .

(٢) إذ للنفقة ثلاثة أسباب : الزوجية ، والبعضية ، وملك اليمين ولما أنهى الكلام على الأولين شرع في الثالث فقال : (عليه) (كفاية رقيقه) ذكرًا كان أو أنثى أو خنثى (نفقة وكسوة) وسائر مؤناته حتى ماء طهارته ولو سفرًا وتراب تيممه إن احتاجه (وإن كان أعمى زمنًا ومدبرًا أو مستولدة) وآبقا وصغيرًا ومرهونًا ومستأجرًا وموصى بمنفعته أبدًا ومعارًا وكسوبًا ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَهُوَ كَلٌّ عَلَىٰ مَوْلَىٰهُ ﴾ ولخبر « للمملوك طعامه وكسوته ولا يكلف من العمل ما لا يطيق » وخبر « كفى بالمرء إثما أن يحبس عن مملوكه قوته » [رواهما مسلم] وقيس بما فيهما معناهما ، ولأن السيد يملك كسبه وتصرفه فيه فتلزمه كفايته ، وأفهم قوله : كفاية رقيقه أن المعتبر كفايته في نفسه ، وإن زادت على كفاية مثله فتراعى رغبته وزهادته كما في نفقة القريب حتى يجب على السيد أجرة الطبيب وثمن الأدوية وإن لم يجب عليه ذلك لنفسه اكتفاء في حق نفسه بداعية الطبع بل الرقيق أولى بذلك ؛ لأن القريب قد يتكلف تحصيله . وشمل كلامه كغيره مستحق القتل لحرابة أو ردة أو نحوهما ؛ إذ لا تسقط كفايته بذلك ؛ لأن قتله بتجويعه تعذيب يمنع منه خبر مسلم « وإذا قتلتم فأحسنوا القتلة » ولأن السيد متمكن من منع وجوبها عليه ، بإزالة ملكه ، وبهذا فارق عدم وجوب كفاية قريبه ، ويستثنى المكاتب ولو فاسد الكتابة فلا تجب كفايته على سيده لاستقلاله بالكسب ، ولهذا تلزمه كفاية أرقائه . نعم إن احتاج لزمته كفايته ، وكذا لو عجز نفسه ولم يفسخ سيده كتابته فعليه نفقته ، وهي مسألة عزيزة النقل، ويلزمه فطرة المكاتب كتابة فاسدة لعدم تكررها كل يوم . وكذا تستثنى الأمة المزوَّجة حيث أوجبنا نفقتها على زوجها ، ونفقة وكسوة منصوبان على التمييز ، والمعتبر في كفايته عرف البلد بالنسبة لأرقائهم (من غالب قوت رقيق البلد وأدمهم وكسوتهم) من حنطة وشعير وزيت وسمن وكتان وقطن وصوف وغيرها ، ولا بد من مراعاة حال السيد أيضًا في يساره وإعساره فيجب ما يليق بحاله من الجنس الغالب وتحسيسه لخبر الشافعي « للمملوك نفقته وكسوته بالمعروف » قال : والمعروف عندنا المعروف لمثله ببلده ، ولو كان السيد يأكل ويلبس دون المعتاد غالبًا بخلًا أو رياضة لزمه لرقيقه رعاية الغالب . ولو تنعم بما هو فوق اللائق استحب أن يدفع إليه مثله ، ولا يلزمه ، (ولا يكفي ستر العورة) وإن لم يتأذ بحر ولا برد ؛ لأن ذلك =

....

يعد تحقيرًا له . قال الغزالي : وهذا ببلادنا إخراجًا لبلاد السودان ونحوها كما في المطلب ، وهذا يفهمه قولهم من الغالب ، فلو كانوا لا يستترون أصلًا وجب ستر العورة لحق الله تعالى ، ويؤخذ من التعليل أن الواجب ستر ما بين السرة والركبة (ويسن أن يناوله مما يتنعم به من طعام وأدم وكسوة) لخبر « إنما هم إخوانكم جعلهم الله تحت أيديكم ، فمن كان أخوه تحت يده فليطعمه من طعامه وليلبسه من لباسه » . قال الرافعي : حمله الشافعي على الندب أو على الخطاب لقوم مطاعمهم وملابسهم متقاربة ، أو على أنه جواب سائل علم فأجابه بما اقتضاه الحال . نعم يتجه في أمرد جميل يخشى من تنعمه بنحو ملبوسه لحوق ريبة من سوء ظن به ووقوع في عرضه عدم استحبابه حينئذ ، والأفضل أن يجلسه السيد معه للأكل : أي حيث لا ريبة تلحقه فيما يظهر ليتناول القدر الذي يشتهيه ، فإن لم يفعل أو امتنع هو من جلوسه معه توقيرًا له فليروغ له في الدسم لقمة كبيرة تسد مسدًا لا صغيرة تهيج الشهوة ولا تقضي النهمة أو لقمتين ثم يناوله ذلك ، وهذا لمن ولي الطبخ آكد لخبر الصحيحين « إذا أتى أحدكم خادمه بطعامه ، فإن لم يجلسه معه فليناوله لقمة أو لقمتين أو أكلة أو أكلتين فإنه ولي حره وعلاجه » ، والمعنى فيه تشوف النفس لما تشاهده ، وهذا يقطع شهوتها ، والأمر في الخبر محمول على الندب ندبًا للتواضع ومكارم الأخلاق ، ونقل الإسنوي نصًا حاصله الوجوب . ثم قال : فظهر أن الراجح عند الشافعي الوجوب على خلاف ما رجحه الرافعي ، ورده الأذرعي بأن النص لا يدل على ذلك بل على ما رجحه الرافعي ، ولو أعطى السيد رقيقه طعامه لم يجز له تبديله ، بما يقتضي تأخير الأكل إلا لمصلحة الرقيق ، ولو فضل نفيس رقيقه لذاته على خسيسه كره في العبيد ، وسن في الإماء (وتسقط) كفاية القن (بمضي الزمان) كنفقة القريب فلا تصير دينًا إلا بفرض قاضٍ أو نحوه . وقد قال الروياني : لو قال الحاكم لعبد رجل غائب استدن وأنفق على نفسك جاز ، وكان دينًا على سيده (ويبيع القاضي فيها ماله) إن امتنع منها أو غاب كما في نفقة القريب ، وتحريره أن الحاكم يؤجر جزءًا من ماله بقدر الحاجة أو جميعه إن احتيج إليه أو تعذر إيجار الجزء فإن تعذر إيجاره باع جزءًا منه بقدر الحاجة أو كله إن احتيج إليه أو تعذر بيع الجزء ، هذا في غير محجور عليه . أما هو فيتعين فعل الأحظ له من بيع القن أو إجارته أو بيع مال آخر أو لاقتراض على مغله (فإن فقد المال) بأن لم يكن لمالكه مال ولو ببلد القاضي فقط فيما يظهر لانتفاء سلطنته عليه حينئذ ، والمالك حاضر ممتنع من إنفاقه وتعذرت إجارته (أمره) القاضي بإيجاره : أي إن وفّي بمؤنته فيما يظهر ، أو بإزالة ملكه عنه (ببيعه أو إعتاقه) دفعًا للضرر ، والقصد إزالة ملكه عنه ، فإن امتنع أجره الحاكم عليه أو باعه كما مرّ ، ويستدين عليه إلى اجتماع قدر صالح عليه فيباع حينئذ ما بقي به على الأصح في الروضة . قال الأذرعي وغيره : ومحله إذا لم يتيسر بيعه شيئًا فشيئًا بقدر الحاجة كالعقار ، فإن تيسر ذلك كالحبوب والمائعات تعين : أي بلا استدانة ا هـ . وهو مأخوذ من كلامهم ، فإن تعذر بيعه ، وإجارته فنفقته في بيت المال ، فإن فقد فعلى المسلمين ؛ لأنه من محاويجهم . قال ابن الرفعة : وتدفع كفاية الرقيق لمالكه ؛ لأن الكفاية عليه ، وهو المعني بأنه من محاويج المسلمين لا الرقيق ، قال الأذرعي : وظاهر كلامهم أنه ينفق عليه من بيت المال أو المسلمين مجانًا ، وهو ظاهر إن كان السيد فقيرًا أو محتاجًا إلى خدمته الضرورية وإلا فينبغي أن يكون ذلك قرضًا ا هـ . قال القمولي : من نصفه حر ونصفه رقيق يجب نصف نفقته على سيده والنصف الآخر عليه ، فإن عجز عن القيام به فيجب نصف نفقته في بيت المال . انظر : نهاية المحتاج (٧/٢٣٨-٢٤٣) .

٢٦١٨٥ - لنا : أن النفقة حق لا يجب للآدمي على البهيمة فلا يجبر الآدمي عليها لحقها وأنواع العلف .

٢٦١٨٦ - ولأن ما لا يثبت للآدمي على البهائم لا يثبت للبهائم على الآدمي كالديون . ولأن البهيمة أبيح له إتلافها فلم يجبر على نفقتها كشجرة ونخلة .

٢٦١٨٧ - احتجوا : بما روي عن النبي ﷺ : « أن امرأة من بني اسرائيل حبست هرًا فلم تطعمه ولا تركته يأكل من خشاش الأرض فدخلت النار » [١] .

٢٦١٨٨ - قلنا : هذا يدل على أنه مؤاخذ بذلك في أحكام الآخرة ، والكلام في أحكام الدنيا .

٢٦١٨٩ - احتجوا : بأنه حيوان على مالكه الانفاق عليه ، فإذا امتنع أجبر كالعبد .

٢٦١٩٠ - قلنا : من أصحابنا من قال لا نسلم ذلك ؛ لأن العبد لا يثبت له على مولاه حق وإن نقصه بذلك كالبهيمة وإن سلمنا فلأن النفقة يجوز أن تجب على العبد ، فجاز أن تجب له . ولما لم يجز أن تجب على البهيمة لم تجب عليه .

* * *

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٨٣٤/٢) برقم (٢٢٣٦) باب فضل سقي الماء ، ومسلم في صحيحه (٦٢٢/٢) برقم (٩٠٤) باب ما عرض على النبي ﷺ في صلاة الكسوف من أمر الجنة والنار .

مسألة ١٢٩٨

نفقة العبد الموصى به

٢٦١٩١ - قال أصحابنا : إذا وصى بعبده لرجل وبخدمته لآخر فالنفقة على صاحب الخدمة [١] .

٢٦١٩٢ - وقال الشافعي : على صاحب الرقبة [٢] .

٢٦١٩٣ - لنا : أنه استحق منافعه لغير عوض فكانت النفقة عليه كالمكاتب المستحق لنفقة نفسه .

٢٦١٩٤ - احتجوا : بأن الملك له وكانت النفقة عليه كالمؤجر .

٢٦١٩٥ - قلنا : يبطل بالمكاتب .

٢٦١٩٦ - ولأن المستأجر استحق المنفعة بعوض فصار استحقاق العوض عليها ، كاستحقاقها فكانت النفقة عليه .

* * *

(١) ولو أوصى لرجل بخادمة ولآخر بخدمتها ؛ فإنها تكون عند صاحب الخدمة فإن أخذ منه صاحب الرقبة كفيلا بها وقد أخذها صاحب الخدمة بإذنه ؛ لم يكن على الكفيل شيء ؛ لأنه أخذها بحق مستحق له تبرعا فلا يكون ذلك الأخذ موجبا عليه ضمانا فلا يلزم الكفيل ذلك بالكفالة . ولو أخذها صاحب الرقبة بغير إذن صاحب الخدمة ثم أعطاه كفيلا بها حتى يسلمها إليه أخذ بها الكفيل ؛ لأن تسليم العين إلى صاحب الخدمة مستحق على صاحب الرقبة هنا ، وهو مما تجرى فيه النيابة فيصح التزامه بالكفالة ، فإن ماتت برئ الكفيل ؛ لأن حق صاحب الخدمة بطل بموتها وسقطت المطالبة عن صاحب الرقبة بالتسليم ، وكذلك لو كانت الوصية بالغلة مكان الخدمة . انظر : المبسوط (١٨٩/٢٧) ، البدائع (٣٨٧/٧) .

(٢) (قال الشافعي) : لو أوصى برقبة عبد لرجل وخدمته لآخر حياته ، أو وقتا فقبلا ، كانت صدقة الفطر على مالك الرقبة ، ولو لم يقبل كانت صدقة الفطر على الورثة ؛ لأنهم يملكون رقبته . انظر : الأم للشافعي (٧٠/٢) ، نهاية المحتاج (٨٧/٦) .

فهرس المجلد العاشر

الموضوع | الصفحة

كتاب الطلاق

كتاب الرجعة

كتاب الإيلاء

كتاب الظهار

كتاب اللعان

كتاب العدة

كتاب النفقات

* * *